Ueber den

Begriff und das Wesen des Erbverzichts

im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

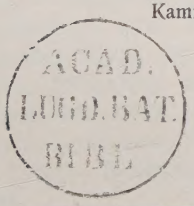
der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Curt Fabian

Kammergerichts-Referendar.



Berlin 1904.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Inhalt.

Erster Abschnitt.

Seite

§ 1. Rechtsgeschichtlicher Ueberblick 6
§ 2. Der Begriff des Verzichts und seine Behandlung im Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt 9

Zweiter Abschnitt.

§ 3. Die Vertragsnatur des Erbverzichts 12
§ 4. Die beteiligten Personen 23
§ 5. Der Gegenstand des Erbverzichts 36
§ 6. Der Inhalt und die Wirkung des Erbverzichts 41
§ 7. Der Erbverzicht ist ein einseitiger unentgeltlicher Vertrag . . 48
§ 8. Der Erbverzicht ist ein Rechtsgeschäft von Todes wegen . . 58

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht in Richter und Schneiders Jahrbüchern, Bd. 11 S. 348ff.
Bacher in Iherings Jahrbüchern, Bd. 5 Nr. 5.
Bähr im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 3 S. 199ff.
— Gegenentwurf, 1892.
Beseler, Erbverträge, 2 Teile, I und II 1 und 2. 1825ff.
— System des gem. deutschen Privatrechts, 4. Aufl. 1885.
Binder, Rechtstellung des Erben, I 1901, II 1902.
Bingner im sächs. Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 5 S. 622ff.
Böhm, Erbrecht, 2. Aufl. 1900.
Bornemann, System des preuss. Zivilrechts VI 1839.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 3. Aufl. 1884f.
Buddeus in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 4 S. 27ff.
Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 3 1897.
Cohn in Gruchots Beiträgen, Bd. 47 S. 221ff.
Corpus iuris canonici, herausgegeben von Friedberg 1877ff.
Corpus iuris civilis, herausgegeben von Krüger, Mommsen und Schöll 1895ff.
Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I 4. Aufl. 1903, II 2. Aufl. 1901.
Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 1896.
— Pandekten, 7. Aufl. 1903.
— Das bürg. Recht, 1901ff.
Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. Rechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1903; Bd. 3, 5. Aufl. 1899.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht, 2. Aufl. 1901.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Aufl. 1902.
Foertsch, Vergleichende Darstellung des *Code civil* und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1899.
Foerster-Eccius, Preuss. Privatrecht, Bd. 4, 5. Aufl. 1888.
Franklin, Geschichte und System des deutschen Privatrechts, ein Grundriss zu Vorlesungen, 1882.
Frommhold, Kommentar z. Erbrecht, 1900.
Garcis, Komm. z. Allgem. Teil, 1900.
Gerber-Cosack, System des deutsch. Priv.-Rechts, 17. Aufl. 1895
Gierke, Deutsch. Privatrecht, 1895.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1889.
Gradenwitz, Wortverzeichnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1902.
Grimm, Deutsches Wörterbuch, 1862.
Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1901.
Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen, 1860.
Hasse im Rhein. Museum, Bd. 2 S. 150ff.; Bd. 3 S. 1ff.
Hellmann in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 39 S. 225ff.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Hofmann in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 3 S. 649ff.
Huber, System und Geschichte des schweiz. Priv.-Rechts, Bd. 2, 1888.
Ihering, Geist des röm. Rechts, 1893f.
Juristische Wochenschrift, 1901.
Koch, Das preuss. Erbrecht, 1866.
Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1895.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1898ff.
Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfs, 1888.
Kuntze, Der Gesamtakt, 1892.
Küntzel in Gruchots Beiträgen, Bd. 41 S. 821ff.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Allgem. Landrechts 1. u. 2. Aufl. II Bd. 1903.
Maas, Bibliographie des bürgerl. Rechts im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 17, S. 193ff.; Bd. 19 S. 345ff.; Bd. 20 S. 315ff.; Bd. 22 S. 197ff.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1900.
Meisner in Hinschius Zeitschrift, Bd. 2 S. 534ff.
Meissels in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 18 S. 665ff.; Bd. 19 S. 1ff.
Neumann, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1903.
— Jahrbuch des deutschen Rechts, Jahrgang I 1904.
Niedner, Komm. zum Einführungsgesetz, 2. Aufl. 1901.
Oertmann, Komm. z. R. d. Schuldverh., 1899.
Osenstätter in der Deutschen Notariatszeitung, 1899, S. 130ff.
Pfaff-Hofmann, Exkurse, II 1, 1878.
Petersen in Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft 16, 1890.
Petrich, Ueber den Begriff des Erbvertrags, 1900.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899ff.
Regelsberger, Pandekten, 1893.
Roth-Becher, Bayrisches Zivilrecht, 2. Aufl. 1898.
Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861.
Schiffner, Der Erbvertrag, 1899.
Soergel, Rechtsprechung, 1900/1901 (1902).
Staudinger, Kommentar zum Bürglichen Gesetzbuch, 1899ff.
Stobbe, Handbuch des deutsch. Priv.-Rechts, Bd. 5, 1885.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, I, 3. Aufl. 1903.
Stubenrauch, Komm. z. österr. allgem. B.G.B., 7. Aufl. 1898ff.

Unger, System des österr. allg. Priv.-Recht, Bd. 1, 1856; Bd. 2, 1859; Bd. 6, 1864.
Vangerow, Pandekten, 7. Aufl. 1869.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen z. B.G.B., I, II 1903, 1904.
Weigand, Deutsches Wörterbuch, 1878.
Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandekten, 8. Aufl. 1900.
Wilke, Gutachten aus dem Anwaltstande, Bd. 1, 1890.
— Das Erbrecht, 1900.

Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetz vom selben Tage in der Beckschen Textausgabe.

Der Entwurf I. Lesung, 1888; II. Lesung, 1895; die Bundesrats- und die Reichtagsvorlage, 1896, sämtlich in der amtlichen Ausgabe (Guttentag).

Die Motive zum Entwurf im 2. Abdruck 1896, die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs, Achilles, Gebhard, Spahn, 1879 ff. Die Zusammenstellung der Gutachten, Bd. 5, 1890.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs.

Erster Abschnitt.

§ 1. Rechtsgeschichtlicher Ueberblick.

Nach römischem Recht war ein Rechtsgeschäft, durch das ein künftiger Erbe auf sein Erbrecht bei Lebzeiten des Erblassers verzichtete, nichtig; es galt als gegen die guten Sitten verstossend und war auch durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung verboten.[1])

Der Ursprung dieses Rechtsinstituts ist aus dem deutschen Recht herzuleiten. Hier bildete sich allmählich der Grundsatz heraus, dass der gesetzliche Erbe, welcher bei Lebzeiten des Erblassers auf sein Erbrecht verzichtet hatte, nach dem Eintritt des Erbfalls Ansprüche auf die Erbschaft nicht mehr erheben dürfe. Gefördert wurde diese Entwicklung besonders durch das Bestreben des Adels, die Familiengüter in einer Hand beim Mannesstamm zu erhalten; die nicht zur Nachfolge in diese Güter berufenen Abkömmlinge wurden von ihrem Vater durch eine Zuwendung, die sich verheiratende Tochter durch eine Aussteuer abgesondert, abgeschichtet, und verzichteten hiergegen auf die Erbfolge in die Stammgüter. Nach einigen Volksrechten hatte eine derartige Abfindung sogar schlechthin den Verlust späterer erbrechtlicher Ansprüche zur Folge, ohne dass der Verzicht ausdrücklich seitens des Abkömmlings hätte ausgesprochen werden müssen. Andererseits wurde aber ein solcher Verzicht als nur zugunsten der übrigen Geschwister des Verzichtenden und deren Deszendenz erfolgt vermutet, so dass,

[1]) l. 16 D. 38, 16; l. 3 C. 6, 20; l. 34 D. 2, 14; l. 94 D. 29, 2; l. 35 § 1 C. 3, 28; Dernburg, Pand. III § 127; Ihering II S. 226; Köppen S. 285 f; Vangerow II § 396; Koch S. 758 ff., 771, 863 ff; Windscheid III § 585 Anm. 1.

wenn diese nicht Erben wurden, der Abgeschichtete trotz seines Verzichts zur Erbfolge gelangte. Der Erbverzicht galt nur „auf den ledigen Anfall".[2])

Die Rezeption des römischen Rechts vermochte nicht mehr, das bereits fest eingebürgerte und dem deutschen Rechtsempfinden durchaus nicht als unsittlich erscheinende Rechtsgebilde ausser Geltung zu bringen, dessen Beibehaltung zudem durch das Interesse des Adels an der Einzelnachfolge in die Familiengüter geboten erschien.[3]) Die zivilistischen Bedenken gegen die Zulässigkeit eines Verzichts auf eine noch nicht deferierte Erbschaft wurden durch die Bestimmung des kanonischen Rechts behoben, nach der, entsprechend dem allgemeinen Prinzip dieses Rechts, dass unvollkommene Rechtsgeschäfte durch eidliche Bestärkung wirksam würden, ein eidlich bekräftigter Erbverzicht einer durch eine Aussteuer abgefundenen Tochter gültig war.[4]) Die eidliche Bekräftigung des Erbverzichts war aber allgemein üblich gewesen[5]) und wurde nun für notwendig erachtet.[6])

Seine weitere Entwicklung nahm der Erbverzicht im engen Anschluss an die Erbverträge; er wurde geradezu als eine Unterart derselben aufgefasst.[7]) Die Doktrin und Praxis bildete dies Rechtsinstitut immer weiter aus, so dass es im neueren gemeinen Rechte allseitig anerkannt wurde.[8]) Als Rechtsquelle des Erbverzichts ist ein entschiedener, gemeiner Rechts- und Gerichtsgebrauch anzusehen.[9])

---

[2]) Vgl. hierüber des näheren: Beseler, Erbverträge II 1 §§ 5, 6, II 2 §§ 24, 26, System §§ 161, 173; Stobbe § 313; Huber S. 565, 664, 667; Pfaff-Hofmann S. 31; Endemann III S. 271 f.; Roth-Becher II § 389; Koch S. 743 ff.

[3]) Stobbe S. 306; Endemann III S. 272.

[4]) c. 2 in VI° 1, 18. [5]) Stobbe S. 307.

[6]) Beseler, Erbverträge II 2 S. 279.

[7]) Ueber die Einteilung der Erbverträge vgl. Hasse II S. 150 ff., 190 ff., III S. 13 ff.; Meissner S. 534; Buddeus S. 27 f.

[8]) Dernburg a. a. O.; Stobbe S. 308. Nur Hartmann S. 67 bezweifelt die Gültigkeit des Erbverzichts für das gemeine Recht.

[9]) So auch Beseler II 1 S. 201, obwohl dieser doch den Rechtsgrund des Erbvertrages in der „gemeinen Meinung der Juristen" sieht. (II 1 S. 203); Koch S. 763.

Entsprechend dieser Rechtsentwicklung ist der Erbverzicht auch von den meisten der Kodifikationen des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts aufgenommen worden.[10]) Nicht zugelassen ist er vom französischen Recht[11]) und von den Gesetzbüchern einiger schweizerischer Kantone.[12])

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat gleichfalls dies Rechtsinstitut beibehalten,[13]) obwohl es nicht an Stimmen gefehlt hat, die sich teils aus theoretischen oder gesetzespolitischen, teils auch, weil es überflüssig wäre, gegen seine Aufnahme aussprachen.[14]) Es behandelt den Erbverzicht in den §§ 2346—2352 in einer ausführlichen Darstellung als ein besonderes, selbständiges Rechtsgeschäft. Bemerkenswert ist vor allem die streng durchgeführte Unterscheidung vom Erbvertrag; aber auch sonst werden einige gemeinrechtliche, bisher hart umstrittene Fragen vom Gesetzgeber entschieden.

Nach allem dürfte die vorliegende Schrift als ein Beitrag zur Klärung des sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergebenden Begriffs und Wesens des Erbverzichts des Interesses nicht entbehren.[15])

---

[10]) Vgl. des näheren die Zusammenstellungen bei Stobbe § 314 und in den Motiven Bd. 5 S. 470f.; Leske II § 296; Bornemann S. 239f.

[11]) a. a. 791, 1130, 1600 *code civ.*; Foertsch S. 108; Motive a. a. O.

[12]) Huber S. 328.

[13]) Ueber die Gründe, die zur Beibehaltung des Erbverzichts geführt haben s. Motive Bd. 5 S. 470f.; vgl auch unten S. 30f.

[14]) Petersen S. 328; Gierke, Entwurf S. 545f.; Wilke, Gutachten S. 688f.; Bähr im Archiv S. 199, Gegenentwurf S. 388f.; Zusammenstellung der Gutachten S. 115ff.

[15]) Literatur: Die Literatur über den Erbvertrag, besonders die gemeinrechtliche, behält ihre Bedeutung zum grössten Teil auch für das bürgerliche Recht. Eine Zusammenstellung derselben findet sich bei Schiffner § 1 S. 1ff. Nachzutragen ist für das österreichische Recht eine solche bei Pfaff-Hofmann S. 31; für das deutsche Privatrecht bei Franklin S. 177ff.; für das preussische allgemeine Landrecht Bornemann S. 220ff.; Koch §§ 70ff., 82. — Für das bürgerliche Recht kommen in Betracht die Kommentare von Haidlen 1897; Frommhold 1900; Planck-Ritgen 1902; Schever 1900; Staudinger-Herzfelder 1903; Wilke, Reatz u. a. 1900;

§ 2. Der Begriff des Verzichts und seine Behandlung im Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt.[1])

Bevor auf den Begriff des Erbverzichts selbst eingegangen wird, erscheint es angebracht, einen kurzen Blick auf den des Verzichts überhaupt und die Behandlung, die das Bürgerliche Gesetzbuch diesem zuteil werden lässt, zu werfen.

In etymologischer Hinsicht ist zunächst zu bemerken, dass das Substantivum „der Verzicht" sich bereits im mittelhochdeutschen als „die Verziht", und im mitteldeutschen als „die Verzicht" findet, während das Verbum „verzichten" erst im neuhochdeutschen auftritt.[2]) Der Stamm dieser Wörter wird hergeleitet aus dem mittelhochdeutschen „zîhen", zeihen, welches sich noch in unserem „verzeihen" und „bezichtigen" erhalten hat.[3]) Zeihen hat die Grund-

---

Neumann 1903; Kuhlenbeck 1903; weitere Ausgaben des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen sind verzeichnet bei Maas im Archiv für bürg. Recht Bd. 17 S. 193 ff., Bd. 19 S. 345 ff., Bd. 20 S. 315 ff., Bd. 22 S. 197 ff. — Lehrbücher und allgemeine Darstellungen: v. Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürg. Gesetzbuchs u. des gem. Rechts, 3. Aufl. 1899; Bunsen, Einführung, 1896; Cosack, Lehrbuch des bürg. Rechts, 1901 und 1903; Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts, Bd. 3, 1900; Engelmann, Das bürg. Recht, 3. Aufl., 1903; Enneccerus-Lehmann, 2 Aufl., 1901; Foertsch, Vergl. Darstellung des Bürg. Gesetzb. u. des *code civ.*, 2. Aufl., 1899; Goldmann-Lilienthal, Das Bürg. Gesetzbuch I 1—3, 2. Aufl., 1901 f.; Hachenburg, Das Bürg. Gesetzbuch, 2. Aufl., 1900; Krückmann, Institutionen des bürg. Rechts, 3. Aufl., 1901; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürg. Gesetzbuch, 1898 ff.; Leske, Vergl. Darstellung des bürg. Rechts u. das preuss. allgem. Landr., 2 Aufl., 1903; Matthiass, Lehrbuch des bürg. Rechts, 3. Aufl., 1900; Weyl, Vorträge über das Bürg. Gesetzb., 1898 ff. — Erbrechtliche Darstellungen; Böhm, Das Erbrecht, 2. Aufl., 1900; Mayer, Das Erbrecht, 1900; Strohal, Das d. Erbrecht, I 3. Aufl., 1903. — Gelegentliche Behandlungen des Erbverzichts werden an den betr. Stellen angegeben; vgl. auch Matthiass II § 139 Anm. 1. — Materialien: Motive Bd V S. 376, 470 ff.; Protokolle Bd. V S. 483, 598 ff.; Bd. 6 S. 321 ff., 329 f.; Bericht der R.Tgskomm. S. 24.

[1]) Vgl. besonders jetzt Cohn bei Gruchot Bd. 47 S. 221 ff.

[2]) Weigand S. 1012.

[3]) Vgl. auch Bezicht, Bezichtigung, Verzicht, Verzeihung u. a.

bedeutung sagen.[4]) Die mit dem Zeitwort verbundene Partikel „ver“ bedeutet „von, weg“, so dass sich die Bedeutung des Wortes verzichten am besten wohl mit „entsagen“ wiedergeben lässt.

Verzichten oder entsagen auf ein Recht heisst demnach es aufgeben. Im gemeinen Recht wurde mit diesem Begriff noch ein engerer Sinn verbunden. Im Gegensatz zur Veräusserung galt als Verzicht die Aufgabe, und zwar die rechtsgeschäftliche, eines Rechts ohne seine Uebertragung auf einen andern. Während also beim Verzicht das aufgegebene Recht unterging, bestand es bei der Veräusserung in der Person des andern weiter. Der Veräusserung gegenüber wurde der Verzicht auch als Entäusserung bezeichnet.[5])

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt den Verzicht nicht als ein besonderes Rechtsgeschäft, das alsdann seinen Platz wohl im allgemeinen Teil als eine rechtsaufhebende Tatsache hätte finden müssen, da es einen Verzicht auf alle Arten von Rechten gibt. Die Motive[6]) lehnen es sogar ausdrücklich ab, eine allgemeine Vorschrift über den Verzicht auf Rechte zu geben; der Begriff des Verzichts wurde als bekannt vorausgesetzt und seine juristische Konstruktion der Wissenschaft überlassen.

Die wichtige Frage, ob der Verzicht auf ein Recht durch eine einseitige Willenserklärung des Berechtigten erfolgen könne, oder ob hierzu noch andere Tatbestandsmerkmale hinzutreten müssten, war für das gemeine Recht überaus bestritten.[7]) Nur darin bestand schliesslich Einigkeit,

---

[4]) Weigand S. 1164. Derselbe Stamm wie im deutschen zeihen ist auch im griechischen *δείκνύναι* und im lateinischen *dicere* enthalten.

[5]) Unger Bd. 2 § 94; Dernburg, Pand. I § 83 und die dort Anm. 4 angeführten. Veräusserung i. w. S. umfasste auch den Verzicht.

[6]) Bd. 2 S. 116. Die gemeinrechtliche Unterscheidung behält auch jetzt ihren Wert.

[7]) Unger a. a. O.; Bacher S. 258f.; Meissels Bd. 18 S. 665ff., Bd. 19 S. 1ff.; Brinz Bd. 4 S. 252.

dass zum Verzicht auf ein Forderungsrecht ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich sei.[8])

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist in der letzteren Beziehung dem gemeinen Recht gefolgt. Es spricht in diesem Falle aber nicht von einem Verzicht auf die Forderung, sondern von einem Erlass der Schuld (§ 397). Diesen Sprachgebrauch führt das Gesetzbuch aber nicht ständig durch; es spricht von einem Verzicht auf den Pflichtteil,[9]) obwohl das Pflichtteilsrecht nach der Auffassung des Gesetzes ein Forderungsrecht darstellt.[10])

Im übrigen ist der Verzicht des bürgerlichen Rechts teils einseitig, teils ist es zweifelhaft, ob er zu seiner Gültigkeit einen Vertrag erfordert. Eine einseitige Willenserklärung des Berechtigten genügt zur Aufhebung seines Rechts in den §§ 239, 376, 382, 533, 544, 571, 658, 671, 768, 773, 1137, 2012, obwohl in diesen Fällen die aufzuhebenden Rechte einen schuldrechtlichen Charakter haben und ferner immer, wenn es sich um den Verzicht auf ein dingliches Recht handelt.[11]) Zu Zweifeln können die §§ 1614 und 1714 Anlass geben, doch dürfte auch hier ein Vertrag zur Wirksamkeit des Verzichts notwendig sein, da die aufzugebenden Rechte trotz ihrer familienrechtlichen Natur bei ihrer Geltendmachung das Wesen von Forderungsrechten annehmen.[12]) Dass auch in den Fällen des bloss einseitigen Verzichts der Wille des Berechtigten allein noch nicht den Untergang des Rechts bewirken kann, sondern dass dieser Wille ein rechtsgeschäftlicher und auch äusserlich bestimmt in die Erscheinung tretender sein muss, bedarf einer weiteren Ausführung nicht.[13])

---

[8]) Dernburg a. a. O.; Unger Bd. 2 S. 186 bestreitet überhaupt die Möglichkeit einer allgemeinen Lehre vom Verzicht.

[9]) §§ 1406, 1453, 1643, 1822 Nr. 2.

[10]) § 2303.

[11]) §§ 418, 914, 923, 928, 959, 976, 1056, 1165, 1168, 1169, 1171, 1175, 1178, 1211, 1245, 1251; vgl. auch die Zusammenstellung bei Cohn S. 249 u. Gradenwitz Wörterverzeichnis.

[12]) Endemann I S. 1028 Anm. 19

[13]) Unger a. a. O. S. 173, 181 f.; Pfaff-Hofmann S. 33 f.

Das Ergebnis unserer Betrachtung des Verzichts im allgemeinen wird sich hiernach dahin zusammenfassen lassen, dass sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, ebensowenig wie aus dem gemeinen Recht,[14]) allgemein gültige Regeln herleiten lassen; höchstens liesse sich ein Satz dahin aufstellen, dass der Verzicht ein einseitiger ist, wenn ein Recht aufgehoben werden soll, über das dem Berechtigten eine einseitige Verfügungsmacht zusteht, oder bei welchem ihm nicht ein bestimmter einzelner Verpflichteter gegenübersteht.[15])

Die Beurteilung des Erbverzichts wird daher aus der besonderen Natur dieses Rechtsgeschäfts selbst zu erfolgen haben, umsomehr, als es sich in den bisher erwähnten Verzichtsfällen um bereits fest erworbene Rechte handelte, was, wie später des näheren zu erörtern sein wird, beim Erbverzicht nicht zutrifft.[16])[17])

Zweiter Abschnitt.

§ 3. Die Vertragsnatur des Erbverzichts.

Eine Legaldefinition des Erbverzichts wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gegeben, obwohl gerade das fünfte Buch viele derselben enthält.[1]) Gleichwohl sind die wesentlichen Wirkungen dieses Rechtsgeschäfts im Gesetz so bestimmt zum Ausdruck gebracht, dass es eigentlich zu ver-

[14]) s. o. Anm. 7.

[15]) Endemann a. a. O.; Cohn S. 251, 255 ff.

[16]) Unger a. a. O. S. 173.

[17]) Der Verzicht ist im Sinne des Bürg. Gesetzb. eine Verfügung, d. h. ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht unmittelbar aufgehoben wird. Matthiass I S. 172; Planck Bd. 1 S. 148; Fischer-Henle § 137 Anm. 5.

[1]) Z. B. §§ 1922, 1924, 1937, 1939, 1941. Ueber die allgemeine Abneigung des Gesetzbuchs, Begriffsbestimmungen zu geben, s. Planck Bd. 1 S. 23 f.

wundern ist, dass dem § 2346 nicht das Wort Erbverzicht in Klammern eingeschlossen angehängt worden ist; hierdurch hätte sich dieser Paragraph z. B. dem § 1941 angeschlossen. Der dem § 2346 entsprechende § 2019 des ersten Entwurfs war auch mit dem Zusatz (Erbverzichtsvertrag) versehen, warum aber diese wenigstens mittelbare Begriffsbestimmung später wieder in Fortfall gekommen ist, ist nicht ersichtlich. Wahrscheinlich liegt ein Versehen vor.

Das erste Tatbestandsmerkmal, das wir dem Gesetz für den Begriff des Erbverzichts entnehmen wollen, ist, dass zu seiner Wirksamkeit der Abschluss eines Vertrages erforderlich ist. Sowohl § 2346 wie § 2352 bringen dies deutlich zum Ausdruck, so dass die Annahme, der Erbverzicht könne auch durch eine einseitige Willenserklärung des Verzichtenden erfolgen, ausgeschlossen ist. Die Unwirksamkeit des einseitigen Erbverzichts besonders auszusprechen, würde der vom Gesetzgeber durchgehend beobachteten Technik widersprochen haben; so ist z. B. § 290 Abs. 5[2]) des ersten Entwurfs, der einen vom Schuldner nicht angenommenen Verzicht des Gläubigers auf eine Forderung für unverbindlich erklärte, als selbstverständlich gestrichen worden.

Eine nähere Begründung, warum der Erbverzicht nur als Vertrag zugelassen sei, geben die Motive nicht; sie beschränken sich darauf, festzustellen, dass dies im Anschluss an die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts und an die Mehrzahl der bisherigen Landesrechte geschehe.[3]) Wenn sie sich aber für die letzteren auch auf das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch berufen, so ist dies nicht völlig einwandsfrei. Gerade für das österreichische Recht ist es, da der § 551 dieses Gesetzbuchs[4]) diese Frage nicht entscheidet, durchaus bestritten, ob ein Vertragsabschluss für die Wirksamkeit eines Erbverzichts notwendig sei.[5])

[2]) Jetzt § 397. [3]) Bd. 5 S. 471.

[4]) „Wer über sein Erbrecht selbst gültig verfügen kann, ist auch befugt, im voraus darauf Verzicht zu tun."

[5]) Für die ausschliessliche Vertragsform Unger Bd. 2 S. 184, Bd. 6 S. 129 u. Pfaff-Hofmann S. 33ff. Andererseits Stubenrauch § 551 Anm. 4.

Die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts gibt eine genügende Erklärung für die unbedingte Vertragsform nicht,[6]) wenngleich nicht zu verkennen ist, dass die Auffassung und Behandlung des Erbverzichts als einer Unterart des Erbvertrages der Annahme der vertragsmässigen Form förderlich gewesen sein wird. Das ältere deutsche Recht liess aber eine nur einseitige Willenserklärung zu, und zwar mit derselben Wirksamkeit wie den durch einen Vertrag erfolgenden Erbverzicht.[7])

Bei dieser Sachlage, und besonders auch, weil das Bürgerliche Gesetzbuch den Erbverzicht begrifflich sowohl, wie in der Behandlung vom Erbvertrag ausdrücklich trennt, erscheint ein näheres Eingehen auf die Frage angezeigt, ob es nicht möglich oder empfehlenswert gewesen wäre, auch einen nur einseitigen Erbverzicht zuzulassen, oder wie andererseits die vom Gesetz erforderte Vertragsnatur sich rechtfertigt.

Aus dem Wesen des Verzichts im allgemeinen lässt sich, wie bereits oben ausgeführt ist, eine Erklärung dieser Gesetzesbestimmung gleichfalls nicht herleiten; im Gegenteil müsste hiernach ein einseitiger Verzicht genügen, da dem Erben ein bestimmter Verpflichteter nicht gegenübersteht. Im einzelnen kann eine Analogie des Erlassvertrages nicht herangezogen werden; bei diesem ist die Erwägung massgebend, dass der Gläubiger nicht einseitig ein Rechtsverhältnis lösen dürfe, an dessen Fortbestehen der Schuldner ein Interesse haben könnte,[8]) und ist ausserdem der Grundsatz des römischen Rechts: *prout quidque contractum est, ita et dissolvi debet* zu erkennen.[9]) Beides trifft aber für das Verhältnis zwischen einem zukünftigen Erben oder Vermächtnisnehmer und dem Erblasser bei dessen Lebzeiten

---

[6]) So auch Pfaff-Hofmann S. 34.

[7]) Stobbe S. 305. Vgl. hier auch das nähere über die feierlichen Formen, in denen der einseitige Verzicht stattfand.

[8]) l. 91 D. 46, 3; Motive Bd. 2 S. 116; Endemann I S. 855.

[9]) Brinz a. a. O.; l. 80 D. h. t.

nicht zu.[10] [11]) Eine Behandlung des Verzichts auf das Erbrecht wie auf ein dingliches Recht hätte dazu führen müssen, den Erbverzicht als ein einseitiges Rechtsgeschäft zu gestalten.

Die Gründe für die Vertragsform des Erbverzichts dürften hiernach nur in seiner Eigenschaft als erbrechtliches Institut zu finden sein.

Im Erbrecht steht dem Erbverzicht dem Wesen nach am nächsten die Ausschlagung der Erbschaft. Der einzige Unterschied zwischen beiden Rechtsgeschäften besteht darin, dass es sich bei der Ausschlagung um eine bereits angefallene, d. h. mit dem Tode des Erblassers auf den Erben übergegangene Erbschaft[12]) handelt, während beim Erbverzicht der Erbfall noch nicht eingetreten sein darf. In ihrer juristischen Konstruktion sind beide jedoch streng voneinander zu scheiden; auch für das bürgerliche Recht gilt der gemeinrechtliche Satz, dass die Erbschaft eines noch Lebenden nicht ausgeschlagen werden könne.[13]) In ihrem praktischen Erfolg kommen sich aber Erbverzicht und Erbausschlagung so nahe, dass man sagen könnte, der Erbverzicht gehe mit dem Erbfall in die Ausschlagung der Erbschaft über.[14])

Die Ausschlagung der Erbschaft erfolgt der Natur der Sache gemäss in allen Rechten durch eine einseitige Willenserklärung in einem mehr oder weniger formellen Rechts-

[10]) Den Charakter eines Forderungsrechts nimmt der Vermächtnis- und Pflichtteilsanspruch erst mit dem Erbfall an, er geht dann aber gegen den Beschwerten. §§ 2174, 2303.

[11]) Dieser Grundsatz: *prout quidque* . . . . zeigt sich beim Erbverzicht in einer anderen, hier jedoch nicht weiter zu verfolgenden Beziehung insofern, als derjenige, welcher mit dem Erblasser einen Erbvertrag abgeschlossen hat und darin von ihm mit einer Zuwendung bedacht worden ist, auf diese nicht im Wege des Erbverzichts nach § 2352, sondern nur durch einen Aufhebungsvertrag nach Massgabe des § 2290 verzichten kann.

[12]) § 1922.

[13]) Windscheid § 599 Anm. 11, § 1946 „ . . . . sobald der Erbfall eingetreten ist.

[14]) Pfaff-Hofmann S. 33.

geschäft.[15]) Man könnte deshalb meinen, wenn der Verzicht auf ein bereits auf den Erben übergegangenes Recht durch eine bloss einseitige Erklärung des Berechtigten ausgesprochen werden könne, müsste es auch zulässig und sachentsprechend sein, wenn der Erbverzicht gleichfalls nur eine einseitige Willenserklärung erforderte, mit um so mehr Recht, als es sich bei ihm um ein erst in der Zukunft sich verwirklichendes Recht handele. Zur Vermeidung einer Gefährdung der Sicherheit des Verkehrs könnte für diese vor dem Erbfall erklärte Verzichtsleistung ebenfalls eine erschwerte Form vorgeschrieben werden, wie dies im älteren deutschen Recht der Fall gewesen ist.[16]) Die Anwendung der für die Ausschlagung der Erbschaft vorgeschriebenen Form, Abgabe der Erklärung in öffentlich beglaubigter Form dem Nachlassgericht gegenüber, läge am nächsten. Der Mangel einer Formvorschrift für den Erbverzicht im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch ist ein Hauptgrund für diejenigen, welche seine Vertragsform für jenes Recht behaupten; hinsichtlich der Bedenken, die ein völlig formloser einseitiger Verzicht erregen müsste, ist ihnen beizutreten.[17]) Pfaff-Hofmann, welche ganz besonders die Zweiseitigkeit des Erbverzichts betonen, beachten in ihren Ausführungen[18]) nicht genügend, dass der Erbverzicht auch als einseitiger nicht aufzuhören brauchte, ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft zu sein, und dass, wenn ein Empfänger der Willenserklärung nicht ohne weiteres sich ergibt, die Erklärung einer öffentlichen Behörde gegenüber abgegeben werden könnte.[19]) Auch in einer anderen Beziehung dürfte Pfaff-Hofmann nicht beizutreten sein: diese behaupten, dass die scheinbare Analogie des Erbverzichts zur Erbausschlagung bei näherer Betrachtung sofort schwinde, und berufen sich zum Beweise hierfür darauf, dass bei der Erbausschlagung

---

[15]) Für das bürgerl. Recht s. § 1945. [16]) Stobbe S. 304 f.

[17]) Pfaff-Hofmann S. 34 ff.

[18]) a. a. O.

[19]) Diese Möglichkeit müsste allerdings, was für das österreichische Recht nicht zutrifft, besonders gesetzlich vorgesehen sein.

an den Erben die rechtliche Nötigung herantrete, sich zu entscheiden, ob er das Erbrecht endgültig erwerben wolle oder nicht; der Repudiant könne, ja müsse sich darüber klar werden, dass und was er ausschlage; beim Verzichtenden sei dies nicht der Fall, mithin sei eine Uebereilung dort weniger zu fürchten, als hier, zumal die Mehrzahl der Menschen es mit den künftigen Dingen leichter nehme als mit den gegenwärtigen; bei der Ausschlagung der Erbschaft stehe ausserdem das Interesse vieler dritter Personen mit im Spiele, deren Aufmerksamkeit deshalb auf den Ausschlagenden gerichtet sei. An und für sich lässt sich ja gegen diese Ausführungen wenig sagen, allein einerseits sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass diese Betrachtungen für das österreichische Recht massgebend gewesen sind, und andererseits wird zuzugeben sein, dass der Zweck, den Verzichtenden vor einer Uebereilung zu bewahren, zum mindesten ebensogut wie durch einen Vertrag mit dem Erblasser, durch die Erklärung dem Gericht gegenüber erreicht werden kann. Es lässt sich vielleicht sogar im Gegenteil behaupten, dass der Verzichtende durch den im österreichischen Recht sogar formlosen Vertrag mit dem Erblasser der Gefahr ausgesetzt ist, von ihm zu einem unbedachten Aufgeben von Rechten verleitet zu werden; diese Gefahr besteht besonders, wenn es sich um den Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch handelt, den der Erblasser dem Berechtigten einseitig nicht entziehen kann, oder wenn der Erblasser dem Erben über sein Vermögen falsche Angaben macht.

Die Schwierigkeiten, die sich aus der Frage ergeben, wie ein nur einseitiger Verzicht zu einem bindenden zu gestalten sei,[20]) würden durch das Erfordernis der Erklärung dem Gericht gegenüber gelöst werden; die Willenserklärung würde mit der Abgabe zu einer bindenden, ein Widerruf wäre ausgeschlossen.[21])

[20]) Pfaff-Hofmann S. 35.

[21]) Endemann I § 68 Nr. 2. Die einer Behörde gegenüber abgegebene Erklärung steht einer zugegangenen völlig gleich.

Diese Erwägungen rechtfertigen das Ergebnis, dass die Normierung des Erbverzichts als einseitiges Rechtsgeschäft zu Bedenken hinsichtlich der praktischen Durchführbarkeit keinen Anlass gegeben hätte, und dass seine juristische Konstruktion gleichfalls Schwierigkeiten nicht geboten hätte. Der Erbverzicht hätte sich dann sogar den übrigen Fällen des Verzichts auf Rechte, hinsichtlich derer dem Berechtigten ein bestimmter Verpflichteter nicht gegenübersteht, angeschlossen: dem Verzicht des Grundstückseigentümers, des Finders und besonders der Ausschlagung der Erbschaft.[22]) Als Form ist in allen diesen Fällen die Erklärung einer Behörde gegenüber vorgesehen.

Wenn trotzdem das Bürgerliche Gesetzbuch im Anschluss an die bisherige Rechtsentwicklung an der Vertragsform des Erbverzichts festgehalten hat, so müssen wir die Erklärung hierfür in der Tatsache finden, dass gerade die Beteiligung der Person des Erblassers beim Erbverzicht erfordert wird. Im älteren deutschen Recht kam der Erbverzicht auch als ein Vertrag des Verzichtenden mit dritten Personen vor, und zwar meist mit denjenigen, zu deren Gunsten er erfolgte.[23]) Die Auffassung des Erbverzichts als einer Abart des Erbvertrags musste jedoch dazu führen, dass als Vertragsgegner des Verzichtenden nur der Erblasser auftreten konnte.[24]) [25])

Eine andere Frage ist es, ob das beim Erbverzicht erstrebte Ziel der Aufhebung des Erbrechts, Vermächtnis- oder Pflichtteilanspruchs des Verzichtenden überhaupt Gegenstand eines Vertrages sein kann, oder ob, trotz des Wortes Vertrag in den §§ 2346, 2352 vielleicht gar nicht ein solcher, sondern ein andersartiges Rechtsgeschäft vorliegt.

Eine Begriffsbestimmung des Vertrages gibt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, es stellt nur in den §§ 145 ff. eine Reihe von Vorschriften über das Zustandekommen des Ver-

---

[22]) §§ 928, 976, 1945.

[23]) Stobbe S. 305, 309.

[24]) Vgl. des näheren unten § 4.

[25]) Cohn S. 283 ff.

trages auf, indem es hier wie fast überall der Wissenschaft die Festlegung des Begriffes überlässt. In Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts[26]) wird der Vertrag als die übereinstimmende, auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen zu definieren sein.[27]) Da der Vertrag ein Rechtsgeschäft ist, so muss der Vertragswille der Parteien, welcher sich als ein einheitlicher und nicht als die Summe zweier selbständiger Willenserklärungen darstellt, auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein; es muss sich um ein Rechtsverhältnis handeln, und zwar um ein zwischen den Parteien bestehendes, das durch die übereinstimmende Willenserklärung begründet, abgeändert oder aufgehoben werden soll, die Rechtswirkung muss die Gestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Vertragschliessenden zum Gegenstand haben.[28]) [29]) In dem Begriff der Willenseinigung liegt, dass die Parteien sich bewusst sein müssen, die beabsichtigte Rechtswirkung solle gerade durch ihren übereinstimmend erklärten Willen zustande kommen.[30])

Ueber den Gegenstand der Willenseinigung beim Vertrag sind ebensowenig einschränkende Bestimmungen vom Gesetz aufgestellt, wie dies für einseitige Willenserklärungen geschehen ist; der bezweckte rechtliche Erfolg kann jeder Art sein. Der Vertrag ist daher für das bürgerliche Recht nicht auf das Gebiet der Schuldverhältnisse beschränkt, auf das noch neuere Pandektisten ihn allein verweisen wollten;[31])

---

[26]) l. 1 § 1 D. 2, 14; Dernburg, Pand. I § 92; Windscheid I § 69; Motive Bd. 1 S. 164.

[27]) Endemann I § 69; Matthiass I § 68 mit ausführlicher weiterer Literatur.

[28]) Planck I S. 142; Staudinger-Riezler I S. 361 ff.; Endemann I S. 282.

[29]) Gareis, Vorbem. zu § 146 dürfte zu weit gehen, wenn er verlangt, dass die Rechtswirkung immer die Erweiterung der Rechtssphäre der einen Partei auf Kosten der der anderen zur Folge haben müsse. S. auch Endemann a. a. O. Anm. 7.

[30]) Matthiass I S. 50; Endemann I § 68 Anm. 2.

[31]) Vangerow I § 350 Anm. 1; dazu Dernburg a. a. O.

er findet sich vielmehr auch im Sachenrecht,[32]) Familienrecht[33]) und Erbrecht.[34]) Es ist deshalb für den Begriff des Vertrages auch keineswegs unbedingt erforderlich, dass aus dem Vertragsschluss sofort dem einen der Kontrahenten Ansprüche gegen den anderen erwachsen. In einer solchen Forderung würde eine Nachwirkung der überwundenen Theorie zu erblicken sein, welche den Vertrag nur für das Obligationenrecht zulassen wollte.

Dieser Standpunkt ist für das gemeine Recht bereits von Windscheid[35]) erfolgreich vertreten worden, und zwar unter anderem auch zur Widerlegung der Lehre Hartmanns, dass eine Erbeinsetzung nicht vertragsmässig erfolgen könne.[36]) Hier hat Windscheid überzeugend nachgewiesen, dass beim Erbvertrag das Interesse, welches die Vertragschliessenden an der durch den Vertrag zu schaffenden Rechtslage hätten, „soviel sofortiges Recht darstelle, als zum Begriff des Vertrags erforderlich sei".

Auf einen dem Hartmannschen ähnlichen Standpunkt stellt sich jetzt Endemann.[37]) Er erkennt für das bürgerliche Recht den Erbvertrag als einen materiellen Vertrag nicht an und lässt ihn nur als einen formellen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gelten; es fehle dem Erbvertrag die Verbindung zweier sich gegenüberstehender Rechtssphären, die für den Vertrag im materiellen Sinne wesentlich sei; der Vertragsgegner des Erblassers nehme dessen Verfügungserklärung weder in der Rechtsbedeutung an, um daraus einen unmittelbaren Anspruch für sich zu erwerben, noch unterwerfe er sich selbst der bindenden Wirkung des Vertrags, er erkläre seinerseits nicht einmal die Annahme der Verfügung des Erblassers. Die Verfolgung dieser Auffassung führt Endemann dazu, den Vertragsgegner

---

[32]) Vgl. § 828 des I. Entwurfs; Motive Bd. 3 S. 56.
[33]) Ehe —, Adoptionsvertrag.
[34]) Erbvertrag, Schiffner S. 8.
[35]) a. a. O.; Petrich S. 29 f.
[36]) Zur Lehre von den Erbverträgen, bes. S. 9 ff.
[37]) Bd. 3 S. 244 ff.

des Erblassers als eine blosse Formperson, um die Unwiderruflichkeit des Erbvertrags zu begründen, zu bezeichnen.

Hierin ist ihm aber nicht zu folgen.[38]) Der Erbvertrag ist auch in materieller Hinsicht ein Vertrag; die von Endemann vermissten Eigenschaften sind keine wesentlichen Merkmale des Vertrages. Die Ausführungen Windscheids behalten auch für das bürgerliche Recht ihre Bedeutung; hinzu kommt die vom Gesetzbuch angewandte ausdrückliche Bezeichnung und Behandlung dieses Rechtsgeschäfts als Vertrag.[39])

Hinsichtlich des Erbverzichts bezweifelt zwar Endemann nicht ausdrücklich das Vorliegen eines materiellen Vertrages, jedenfalls wäre ihm aber auch hier zu entgegnen, dass, obwohl auf Grund des Erbverzichts ein unmittelbarer Anspruch nicht erworben würde, dennoch nicht von dem Vorhandensein eines bloss formellen Vertrages gesprochen werden könne. Der Erblasser muss die Annahme des Verzichts des Erben erklären, anderenfalls kommt dieses Rechtsgeschäft nicht zustande. Das rechtliche Interesse, das die Parteien an dem Ausschluss des Verzichtenden aus der Reihe der zur Erbfolge berufenen Personen haben, ersetzt hinreichend den Mangel der sofortigen Ansprüche aus dem Vertrag.[40])

Es ist in neuerer Zeit versucht worden, neben das einseitige Rechtsgeschäft, dessen Inhalt und Wirksamkeit durch die Willenserklärung nur einer Person bestimmt wird, und den Vertrag, welcher durch die übereinstimmende Willenserklärung zweier Personen zustande kommt, ein drittes Rechtsgeschäft zu stellen, an dessen Zustandekommen zwar auch mehrere Personen beteiligt seien, das sich aber

---

[38]) Vgl. auch Strohal S. 367 Anm. 22.

[39]) § 1941.

[40]) Uebrigens wird beim Erbverzicht auch die von Gareis (s. o. Anm. 29) gestellte Forderung der Erweiterung der einen Rechtssphäre auf Kosten der anderen erfüllt; der Erblasser erlangt durch den Verlust der Erbberechtigung des Verzichtenden eine grössere Freiheit, wirksam von Todes wegen zu verfügen.

vom Vertrage dadurch unterscheide, dass der Inhalt des Rechtsgeschäfts durch die Willenserklärung nur einer Person gesetzt werde, während die Erklärungen der anderen Beteiligten nur rein passiv, rezeptiv, nicht gleichfalls rechtsschaffend zu der ersten Erklärung hinzuträten;[41]) während beim Vertrage Willenserklärungen verschiedenen Inhalts vorlägen, beruhe jener Begriff, auf welchen die Bezeichnung „Vereinbarung" oder „Gesamtakt" angewendet zu werden pflegt, auf der Einigung aller Beteiligten zu gemeinsamem Handeln; die Willen der Handelnden beständen nebeneinander, schlössen sich aber nicht zu einem einheitlichen zusammen.[42])

Diese neue Konstruktion hat Kühnast[43]) für den Erbvertrag angewendet, freilich ohne damit Anklang zu finden, wie denn überhaupt allen Versuchen mit diesem neuen Begriff bisher wenig Anerkennung zuteil geworden ist.[44]) Der Erbvertrag kommt zustande, indem die Verfügung des Erblassers durch die Erklärung seines Gegners ergriffen wird, wodurch beider Willen sich zu dem einheitlichen Vertragswillen zusammenschliessen.[45]) Ebenso verhält es sich beim Erbverzicht: auch hier ist es unzweifelhaft, dass der Verzichtende nicht einseitig disponiert, während die Erklärung des Erblassers nur rezeptiv als eine für sich besonders bestehende hinzuträte, vielmehr liegt vor und ist erforderlich ein Zusammenschluss der beiderseitigen Willen zum einheitlichen Vertragswillen. Dies rechtfertigt sich einerseits aus dem Interesse, das beide Teile an dem Zustandekommen des Erbverzichts haben, und wird andererseits auch durch die Worte des Gesetzes bestimmt zum Ausdruck gebracht. Dem Erblasser eine nur passive Beteiligung

[41]) Endemann I § 62 Anm. 4 und die dort zitierten Schriften; Kuntze, bes. S. 43 f., 47 f.

[42]) Auch Endemann nähert sich mit seiner eben besprochenen Verneinung des Erbvertrags als eines materiellen Vertrags dieser Auffassung.

[43]) S. 12 ff.

[44]) Endemann a. a. O.; Gierke, Dtsch. Priv.-R. S. 284, 486; Cosack I S. 148.

[45]) Schiffner S. 9; Petrich S. 27 f.

zuzuschreiben, hiesse auch übersehen, dass der Erbverzicht in den meisten Fällen mehr Bedeutung für ihn, als für den Erben haben wird.[46])

Als Vertrag untersteht der Erbverzicht den allgemeinen Regeln für Verträge;[47]) in erster Linie also den Bestimmungen der §§ 145 ff. Hervorzuheben ist hierbei, dass demnach die Offerte zu einem Erbvertrag bindet, was für den Erbvertrag verneint wird,[48]) vorausgesetzt, dass sie in der vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung erfolgt. Gleichzeitige Anwesenheit der Parteien ist zum Zustandekommen des Vertrages nicht erforderlich,[49]) es genügt, wenn zunächst der Vertragsantrag, und sodann dessen Annahme von einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird. Ob das Vertragsangebot von dem Erblasser oder dem Verzichtleistenden ausgeht, macht keinen Unterschied, die Fassung des § 2346 lässt beide Möglichkeiten zu.[50]) Auch von Bedingungen und Zeitbestimmungen kann der Erbverzicht abhängig gemacht sein.[51]) [52])

§ 4. Die beteiligten Personen.

Auf die Erörterung der Vertragsnatur des Erbverzichts wird ein näheres Eingehen auf die Personen, zwischen denen er abgeschlossen werden muss, zu folgen haben. Diese Personen sind auf der einen Seite der Erblasser, auf der anderen ein Erbe, Pflichtteils- oder Vermächtnisberechtigter.

---

[46]) Beider Erklärungen bedürfen auch derselben Form. § 2348.

[47]) Endemann III S. 278; Strohal S. 528; Koch S. 886 ff.

[48]) Petrich S. 16.

[49]) Vgl. dagegen für den Ervertrag § 2276.

[50]) Des näheren s. Strohal a. a. O. Anm. 2; Staudinger-Herzfelder § 2348 Anm. 5; R.G. in Jur. Wochenschr. 1901 S. 474; Warneyer I zu § 2346 (für gem. Recht.)

[51]) Die häufigste Bedingung ist der Verzicht zugunsten eines Dritten. Hier gilt der Erbverzicht nach § 2350 als unter der Bedingung abgeschlossen, dass der Dritte Erbe wird. Beseler II 2 S. 249; Roth-Becher III 2 S. 86; Cosack II S. 836; Endemann III S. 277; vgl. auch Schiffner S. 63.

[52]) Mit Rücksicht auf seine Vertragsnatur bezeichnen einige, z. B. Endemann, den Erbverzicht durchweg nur als „Erbverzichtsvertrag". Das

Nach bürgerlichem Recht kann, ebenso wie nach gemeinem Recht, der Erbe den Erbverzichtsvertrag nur mit dem Erblasser abschliessen. Bereits erwähnt ist,[1]) dass der Erbverzicht im älteren deutschen Recht auch den Personen gegenüber ausgesprochen werden konnte, zu deren Gunsten er erfolgte, dass aber die Auffassung des Erbverzichts als Erbvertrag dazu führen musste, die Beteiligung des Erblassers zu einer unerlässlichen zu machen. Hierzu kam, dass nach der Rezeption des römischen Rechts ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nur mit dessen Zustimmung wirksam war, sonst aber als gegen die guten Sitten verstossend für nichtig erklärt wurde.[2]) Der hierin liegende Gedanke, dass man nicht über den Nachlass einer noch lebenden Person ohne deren Wissen verfügen dürfe, musste auch für den Erbverzicht Platz greifen, da eine strenge Unterscheidung, ob der Nachlass oder das Erbrecht den Gegenstand des Erbverzichts bilde, noch nicht durchgeführt war.[3])

Diese Beteiligung des Erblassers ist auch durchaus gerechtfertigt. Durch den Erbverzicht wird eine erhebliche Einwirkung auf die Gestaltung seiner demnächstigen Beerbung ausgeübt; das Ausscheiden eines gesetzlichen Erben auf Grund eines von ihm ausgesprochenen Erbverzichts kann dem Erblasser Veranlassung geben, seine Beerbung nunmehr letztwillig zu ordnen, durch den Verzicht eines gewillkürten Erben oder eines Vermächtnisnehmers wird sogar eine ausdrückliche Willensäusserung des Erblassers ihrer Wirkung nach aufgehoben.

Gesetzbuch gebraucht nur einmal in § 2348 diese Bezeichnung, und auch hier nur um darauf hinzuweisen, dass sowohl der Vertragsantrag, wie seine Annahme der vorgeschriebenen Form bedürfen. Ebensowenig spricht das Gesetzbuch von einem Erlassvertrag, sondern schlechthin vom Erlass § 397.

[1]) A.L.R. I 12 § 649; Dernburg, Pr. Pr.-R. S. 522; Foerster-Eccius Bd. 4 S. 527.

[2]) l. 30 § 3 C. 2, 3; Stobbe S. 296 ff.; Köppen S. 61; Schiffner S. 201; Endemann Bd. 1 S. 597; Matthiass Bd. 1 S. 384, Bd. 2 S. 428.

[3]) Pfaff-Hofmann S. 36 ff.

Der erste Entwurf ging von diesem Gesichtspunkt aus soweit, dass er als die Hauptperson beim Erbverzicht nicht den Verzichtenden, sondern den Erblasser erachtete. Dies kam auch in der passiven Fassung des § 2019 deutlich zum Ausdruck. Die Motive[4]) bemerken hierzu:

> „In der Behandlung des Erbverzichts wird insofern von den meisten geltenden Rechten abgewichen, als nach dem Entwurf der Verzichtende nicht der im Vordergrund stehende Teil ist. Der Kern des Erbverzichts wird vielmehr darin gefunden, dass der Erblasser unter Zustimmung des Verzichtenden eine Aenderung in der gesetzlichen Erbfolge herbeiführt. Die erbrechtliche Wirkung des Vertrags liegt hiernach mehr in dem Willen und in der Verfügung des Erblassers, als in der Erklärung des Verzichtenden, wenn auch äusserlich der Verzichtende in gleicher Weise, wenn nicht noch mehr hervortritt, als der Erblasser."

In der zweiten Kommission[5]) erhoben sich zwar gegen die Auffassung, dass es sich beim Erbverzicht wesentlich um einen mit Zustimmung des Erbberechtigten getroffenen Dispositionsakt handele, als wenig natürlich und den Absichten der Beteiligten kaum entsprechend Bedenken; die Kommission glaubte aber von der Entscheidung dieser Frage, als einer Aufgabe der Theorie absehen zu können, und überliess die Fassung jenes Paragraphen der Redaktionskommission. Diese hat (§ 2320 B.R.V.) eine Fassung gewählt, welche die Person des Verzichtenden in den Vordergrund stellt, und welche auch in die Reichstagsvorlage (§ 2319) und das Gesetzbuch (§ 2346) übergegangen ist.[6])

---

[4]) Motive Bd. 5 S. 471; Gierke, Entwurf S. 545.

[5]) Protokolle Bd. 5 S. 598f.; s. u. S. 43, 47.

[6]) Wilke, Vorbem. zu § 2346, bezeichnet noch immer den Erblasser als die Hauptperson. Dem steht aber entgegen, dass dann besser das ganze Rechtsinstitut des Erbverzichts dem des Erbvertrags anzugliedern gewesen wäre, was das Gesetz aber ausdrücklich abgelehnt hat.

Trotzdem behalten die oben angestellten Erwägungen ihre Bedeutung. Die Heranziehung der Person des Erblassers als einer dem Verzichtenden gleichberechtigten Vertragspartei ist durchaus zu Recht erfolgt. Andererseits aber ist die jetzige Fassung des Gesetzes als die bessere anzuerkennen. Der Erbverzicht ist keine Verfügung von Todes wegen, wie ein Testament oder ein Erbvertrag, mag er auch in seiner tatsächlichen Wirkung mittelbar zum gleichen Ergebnis führen wie diese.

Ein Vertrag, durch den jemand bei Lebzeiten des Erblassers einem anderen, als dem Erblasser gegenüber auf sein Erbrecht oder eine ihm gemachte Zuwendung verzichtet, ist kein Erbverzicht im Sinne des Gesetzes; in keinem Falle kann ein solcher Vertrag die erbrechtliche Wirkung haben, die in den §§ 2346, 2352 ausgesprochen ist, dass die Berechtigung des Verzichtenden aufgehoben wäre, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte. Ein derartiger Verzichtsvertrag kann nur obligationsrechtliche Wirkungen äussern, es greift § 312 ein.[7])

Hierbei ist zu unterscheiden, ob der Vertragsgegner des Verzichtenden sein gesetzlicher Miterbe ist oder nicht, und weiter, welches der Gegenstand des Verzichts ist.

Ein Verzichtsvertrag unter anderen als künftigen gesetzlichen Erben ist schlechthin nichtig, und auch unter diesen kann Gegenstand des Vertrags nur der gesetzliche Erbteil oder der Pflichtteil eines von ihnen sein. Es scheidet also aus sowohl ein Vertrag unter durch Testament oder Erbvertrag berufenen Erben, als auch jeder Vertrag über ein Vermächtnis.

Hat ein gesetzlicher Erbe durch einen Vertrag mit seinem gesetzlichen Miterben auf sein Erbrecht oder seinen Pflichtteilsanspruch verzichtet, so ist, genau genommen, Gegenstand dieses Rechtsgeschäfts nicht das Erbrecht oder der Pflichtteilsanspruch, sondern der Erbteil oder der Pflichtteil. Trotz des Verzichts findet eine Berufung zur Erbschaft statt:

[7]) Stobbe S. 309; Koch S. 889.

macht der Verzichtende aber Rechte auf den Erbteil oder Pflichtteil geltend, so kann ihm von seinem Vertragsgegner die Einrede des Verzichts entgegengesetzt werden.

Als Verzicht im Sinne der blossen Aufgabe eines Rechts wird in der Praxis ein derartiger obligatorischer Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten nur selten vorkommen. Immerhin aber ist es denkbar, dass ein gesetzlicher Erbe seinen künftigen gesetzlichen Miterben gegenüber die Verpflichtung übernimmt, Ansprüche auf seinen demnächstigen Erb- oder Pflichtteil nicht zu erheben. In den meisten Fällen wird die Vertragsabsicht dahin gehen, dass der Verzichtende sich verpflichte, seinen Erbteil seinen Miterben zu übertragen. Da dies im täglichen Leben gewöhnlich als Verzicht zugunsten der Miterben bezeichnet wird, so rechtfertigt sich ein Eingehen auf die hier gegebene Sachlage.

Nicht mit Unrecht wird dieser Vertrag als Erbschaftsvertrag bezeichnet.[8]) Tritt nach seinem Abschluss der Erbfall ein, so ist der Verzichtende gehalten, seinen Miterben den ihm angefallenen Erbteil zu übertragen.[9]) Er kann sich, solange noch ungeteilte Erbengemeinschaft besteht, dieser Verpflichtung entledigen, indem er gemäss § 2033 über seinen Anteil am Nachlass[10]) verfügt,[11]) durch ein einheitliches dingliches Rechtsgeschäft. Nach der Erbauseinandersetzung müsste der gewünschte Erfolg durch Uebertragung der einzelnen Nachlassgegenstände in der ihrer besonderen rechtlichen Natur entsprechenden Form herbeigeführt werden.

Strohal[12]) will es für zulässig erklären, dass ein künftiger gesetzlicher Erbe bereits bei Lebzeiten des Erblassers nach

---

[8]) Dieser Name ist zuerst von Hasse in seiner erwähnten Schrift angewandt worden.

[9]) Es liegt dann eine Veräusserung i. e. S. vor.

[10]) „Erbteil“ und „Anteil am Nachlass“ unterscheiden sich insofern, als der erstere Ausdruck unter Beziehung auf die Person des Erben gebraucht wird. Frommhold § 2033 Anm. 1 u. 2; Staudinger-Herzfelder §§ 2032, 1922; Bunsen Bd. 3 S. 217; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 25.

[11]) s. o. § 2 Anm. 17.

[12]) S. 529 f.

Massgabe des § 2033 über den ihm zufallenden Anteil an dem künftigen Nachlass durch Vertrag mit einem gesetzlichen Miterben verfüge, dass also nicht nur der obligatorische Vertrag, sondern auch der dingliche Vollzugsvertrag vor dem Erbfall abgeschlossen würden, wobei der letztere freilich erst mit dem Erbfall Wirksamkeit erlangte. In seinem praktischen Erfolge würde dies Verfahren einem vor dem Eintritt der Erbfolge von dem Erben mit einem anderen als dem Erblasser abgeschlossenen Erbverzichtsvertrage zugunsten dieses anderen gleichstehen; obwohl der Gegenstand dieses Rechtsgeschäfts nicht ein Erbrecht, sondern der künftige Anteil am Nachlass wäre, träte doch eine erbverzichtsähnliche Wirkung insofern ein, als der Verzichtende unmittelbar mit dem Erbfall auch wieder aus der Erbengemeinschaft ausschiede.

Die Zulässigkeit der Konstruktion Strohals ist aber zu bestreiten. In erster Linie ist mit Planck-Ritgen[13]) anzunehmen, dass die Vornahme einer nach § 2033 erfolgenden Verfügung den erfolgten Erbfall zur notwendigen Voraussetzung habe. Dies ergibt sich aus § 2032. Des weiteren aber ist gegen Strohal folgendes geltend zu machen: in der zweiten Kommission[14]) war im Anschluss an die Beratung des Erbverzichts der Antrag gestellt, dass ein Abkömmling durch Vertrag mit einem anderen Abkömmling sein künftiges gesetzliches Erb- oder Pflichtteilsrecht auf diesen sollte übertragen können. Dieser Antrag war damit begründet, dass die nur obligationenrechtliche Wirkung des jetzigen § 312 den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht genügte, da die Absicht der Vertragschliessenden nicht auf die Begründung eines Schuldverhältnisses, sondern auf die Aenderung der Erbfolge gerichtet sei; es empfehle sich daher, die Zulassung eines Vertrages mit der dinglichen Wirkung, dass das künftige gesetzliche Erbrecht mit dem Vertragschluss auf den anderen Teil übergehe.

---

[13]) Vorbem. 1 zu § 2346.

[14]) Protokolle Bd. 5 S. 610f.

Dieser Antrag ist nicht durchgedrungen. Die Mehrheit der Kommission hat, abgesehen von den theoretischen Bedenken, den Standpunkt eingenommen, dass der Erblasser ein beträchtliches ideelles Interesse an der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Erbfolge haben könne; an der Hinzuziehung des Erblassers sei wie beim Erbverzicht immer festzuhalten, wenn eine Aenderung der gesetzlichen Erbfolge herbeigeführt werden sollte; das von dem Antragsteller erstrebte Ziel könne nur auf dem Wege des Erbvertrages, also unter aktiver Teilnahme des Erblassers, erreicht werden.

Der hierin ausgesprochene, auch im Gesetzbuch überall zum Ausdruck gebrachte Wille, dass ohne die Mitwirkung des Erblassers an der Gestaltung der Erbfolge in seinen Nachlass nichts geändert werden dürfe, lässt auch den Vorschlag Strohals unannehmbar erscheinen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Wirkung des Vertrags die sein soll, dass eine Aenderung in der gesetzlichen Erbfolge eintrete, oder dass sofort mit dem Eintritt der Erbfolge der Anteil des Verzichtenden am Nachlass mit dinglicher Wirkung auf die anderen Erben übergehe; eine scharfe Trennung hinsichtlich des Gegenstandes der beiden Verträge wird sich ohnehin nicht durchführen lassen.[15])

Da der Erbverzichtsvertrag nur mit dem Erblasser abgeschlossen werden kann, so ist auch ein Erbverzicht nach seinem Tode nicht mehr möglich.

Ist die Erbschaft dem Erben durch den Erbfall bereits angefallen,[16]) so kann er sich der Erbschaft nur durch die Ausschlagung entäussern, welche zwar, insofern sie die Aufgabe eines Rechts enthält, auch einen Verzicht darstellt, nicht aber einen Erbverzicht im Sinne des Gesetzes. Auch auf den Pflichtteil oder das Vermächtnis kann der Berechtigte nach dem Erbfall verzichten, dieser Verzicht geht dann aber auf einen Anspruch, da das Pflichtteils- und Vermächtnisrecht im bürgerlichen Recht den Charakter von

[15]) In der Praxis spricht man bei der Verfügung aus § 2033 ungenau meist schlechthin von einer Uebertragung des Erbrechts.

[16]) § 1922.

Forderungsrechten[17]) haben; es tritt § 397 ein. Für einen derartigen Verzichtsvertrag sind besondere Formvorschriften nicht gegeben.

Als Vertragsgegner des Erblassers beim Abschluss des Erbverzichtsvertrages kann nur auftreten, wer sein Erbe ist oder von ihm mit einem Vermächtnis bedacht ist. Dies ergibt sich schon aus dem Worte Verzicht. Jede Aufhebung eines Erbrechts oder Vermächtnisanspruchs ohne Beteiligung des Berechtigten, z. B. durch Verfügung in einem Testament oder Erbvertrag, ist kein Verzicht mehr. Auch die Aufhebung eines zugunsten eines Dritten abgeschlossenen Erbvertrags stellt keinen Erbverzicht dar.[18])

Das Erbrecht des Verzichtenden kann auf sämtlichen im Gesetz vorgesehenen Berufungsgründen beruhen, auf dem Gesetz, einem Testament, einem Erbvertrag. Seine grösste Bedeutung wird der Erbverzicht freilich für die Abhebung des gesetzlichen Erbrechts haben, und hier wieder im besonderen, wenn es sich um die Ausschliessung eines pflichtteilsberechtigten Erben handelt. In der Tat lässt sich nicht verkennen, dass der durch einen Erbverzicht beabsichtigte Erfolg, soweit es sich nicht eben um den Pflichtteilsanspruch handelt, auch ohne die Mitwirkung, ja gegen den Willen des Erben oder Vermächtnisnehmers vom Erblasser allein herbeigeführt werden kann. Der Erblasser kann einen gesetzlichen Erben enterben, er kann ein Testament und einen Erbvertrag[19]) wieder aufheben, ohne dass der hiervon Betroffene diese Verfügung umstossen könnte; nur der Pflichtteilsberechtigte behält trotz seiner Enterbung den Anspruch auf Leistung des Pflichtteils gegen den späteren Erben. Dies ist auch vom Gesetzgeber nicht übersehen worden;[20]) er hat aber trotzdem dies Rechts-

---

[17]) §§ 2303, 2174; Strohal §§ 29, 49; Endemann Bd. 3 §§ 128, 64; Matthiass Bd. 2 S. 497, 479.

[18]) § 2290. Die Zustimmung des Dritten zur Aufhebung ist nicht erfordert.

[19]) Vgl. unten S. 32 f.

[20]) Motive Bd. 5 S. 471.

institut in der weitestgehenden Form aufgenommen, weil es im Rechtsleben fest eingewurzelt wäre und nicht deshalb beseitigt werden dürfte, weil der erstrebte Zweck auch auf anderem Wege erreicht werden könnte. Hierin ist ihm durchaus beizutreten. Ausserdem bietet die Zulassung des Erbverzichts auch praktische Vorteile, z. B. dass der Ausschluss des Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge und dem Pflichtteilsrecht in einem Rechtsgeschäft erfolgen kann, während anderenfalls deren zwei erforderlich sein würden, und dass ein Erbverzicht auch dann nach § 2347 zustande kommen kann, wenn der Erblasser geschäftsunfähig geworden ist und einseitig nicht mehr von Todes wegen verfügen kann.[21]) Durch den unter Zuziehung des Verzichtenden geschlossenen Vertrag wird auch die Wirkung der Ausschliessung des Berechtigten gesichert, da eine Anfechtung des freiwillig geleisteten Verzichts weniger zu befürchten ist.[22]) Schliesslich ist auch das ideelle Interesse zu berücksichtigen, das der Erblasser daran haben kann, dass der Erbe oder Bedachte freiwillig sein Recht aufgebe.

Für das gemeine Recht war die Zulässigkeit des Erbverzichts eines durch ein Testament Eingesetzten anfangs durchaus nicht unbestritten. Beseler[23]) nennt ihn eine „juristische Ungereimtheit", selbst Unger[24]) verwirft ihn noch. Im neueren gemeinen Recht ist er aber allseitig anerkannt.[25]) Der Verzicht eines durch einen Erbvertrag eingesetzten Erben galt immer für zulässig.[26])

Der Kreis der gesetzlichen Erben, welche auf ihr Erbrecht verzichten können, ist aber nicht unbeschränkt. Der Fiskus, welcher als gesetzlicher Erbe eintritt, wenn weder Verwandte noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden

---

[21]) Strohal S. 530 Anm. 11; Motive a. a. O.

[22]) Pfaff-Hofmann S. 42.

[23]) II 2 S. 234.

[24]) Bd. 6 § 30 Anm. 7.

[25]) Pfaff-Hofmann S. 43; Dernburg, Pand. Bd. 3 § 127 Nr. 1.

[26]) Stobbe S. 311 und dort Zitierte; Pfaff-Hofmann a. a. O.

sind, kann ebensowenig einen Erbverzichtsvertrag mit dem Erblasser schliessen, wie er eine ihm angefallene Erbschaft ausschlagen kann. Die gesetzgeberische Absicht ist bei beiden Verboten dieselbe: es soll vermieden werden, dass die Erbschaft herrenlos wird, da sie sonst der freien Aneignung ausgesetzt wäre.[27]) Das Gesetzbuch bringt diesen Ausschluss des Fiskus aus der Reihe der gesetzlichen Erben nur mittelbar zum Ausdruck, es spricht in § 2346 nicht allgemein von dem Verzicht eines gesetzlichen Erben, sondern bestimmt nur, dass ein Verwandter oder der Ehegatte des Erblassers auf sein Erbrecht verzichten könne. Besser wäre unzweifelhaft das umgekehrte Verfahren gewesen, wobei in einem zweiten Verfahren hätte ausgesprochen werden können, dass der Fiskus auf sein gesetzliches Erbrecht nicht verzichten könne. Auf diese Weise wäre zugleich auch eine Uebereinstimmung in der Fassung der §§ 1942 und 2346 erzielt worden.[28])

Für die durch Testament berufenen Erben besteht eine Einschränkung nicht. Es kann daher auch der Fiskus, wenn sein Erbrecht auf diesem Berufungsgrunde beruht, auf dasselbe verzichten.

Ist der Erbe dagegen durch einen Erbvertrag zur Erbschaft berufen, so ist wiederum zu unterscheiden: nur der durch den Erbvertrag eingesetzte Dritte kann gemäss § 2352 auf sein Erbrecht verzichten, der eingesetzte Vertragsgegner des Erblassers[29]) ist allein auf den Aufhebungsvertrag des § 2290, oder wenn die Vertragschliessenden Ehegatten sind, auf die Aufhebung des Erbvertrags durch ein gemeinschaftliches Testament nach § 2292 angewiesen. Diese Unterscheidung war im ersten Entwurf noch nicht enthalten, sie

---

[27]) Planck-Ritgen § 1942 Anm. 2.

[28]) Dementsprechend ist, wenn in dieser Darstellung von dem Verzicht gesetzlicher Erben gesprochen wird, der Fiskus nicht mit eingeschlossen.

[29]) Zu Unrecht bezeichnet Endemann Bd. 3 S. 273, 278 diesen schlechthin als „Vertragserben"; auch der eingesetzte Dritte ist ein Vertragserbe. So auch § 1941 Abs. 2.

ist erst von der zweiten Kommission in das Gesetzbuch aufgenommen worden. Infolge der Aenderung des § 2020 des ersten Entwurfs stellte sich nämlich ein Widerspruch insofern heraus, dass für den Aufhebungsvertrag eines Erbvertrags andere und zwar erschwertere Vorschriften gegolten haben würden, als für den Vertrag, durch den der Vertragsgegner des Erblassers auf die in dem Erbvertrag ihm gemachte Zuwendung verzichtete; für den Verzichtsvertrag wäre nämlich ausser der erleichterten Form die Vertretung des geschäftsunfähigen Erblassers möglich gewesen. Die Redaktionskommission, der die Lösung dieses Widerspruchs überlassen wurde, hat es, vermutlich aus rein gesetzestechnischen Gründen, dann für unzulässig erachtet, dass ein und derselbe Erfolg auf zwei in ihren Voraussetzungen voneinander verschiedenen Wegen sollte erreicht werden können. Die jetzige Anordnung hat zur Folge, dass ein Verzicht des eingesetzten Erbvertragsgegners auch auf dem Wege der Aufhebung des Erbvertrags nach §§ 2290, 2292 nicht mehr möglich ist, sobald der Erblasser geschäftsunfähig geworden ist.[30])

Diese unterschiedliche Behandlung, je ob der Verzichtende der Erbvertragsgegner des Erblassers oder ein Dritter ist, hat in der Literatur eine scharfe Kritik erfahren; andererseits sind aber auch Versuche zu ihrer Rechtfertigung unternommen worden.

Strohal[31]) verwirft den Standpunkt des Gesetzes; er hält es für sachdienlicher, wenn auch der Aufhebungsvertrag des § 2290 mit dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Erblassers geschlossen werden dürfte, da der Erfolg dieses Rechtsgeschäftes doch nur der wäre, dass es statt zur vertragsmässigen zur gesetzlichen Erbfolge komme. Dieser Ausführung wird man sich nicht verschliessen können.

---

[30]) Strohal S. 394 f.; Planck-Ritgen § 2352 Anm. 3a; Staudinger-Herzfelder § 2352 Anm. 2; Frommhold § 2352 Anm. 2; Endemann Bd. 3 S. 273, 278 Anm. 36; Matthiass Bd. 2 S. 443; Küntzel S. 610; Hellmann S. 225 f.; Hellwig S. 631 ff.. Unrichtig Böhm S. 153.

[31]) a. a. O.

Küntzel [32]) versucht eine Rechtfertigung der im Gesetz getroffenen Anordnung; er weist darauf hin, dass in der Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen eine nach dem Geist des Gesetzes nur vom Erblasser persönlich zu treffende Bestimmung über seinen dereinstigen Nachlass liege, im Erbverzicht dagegen nur eine die Verfügungsfreiheit des Erblassers erweiternde Verfügung des künftigen Erben über seine Anwartschaft. Auch dies ist zutreffend. Der Schluss aber, den Küntzel hieraus zieht, dass dort eine Vertretung des unfähigen Erblassers nicht hätte zugelassen werden können, ist insofern nicht völlig einwandfrei, als das Gesetz doch die Vertretung des Erblassers beim Verzicht auf eine testamentarische Zuwendung zugelassen hat, obwohl doch auch hier eine mittelbare Verfügung des Erblassers über sein Vermögen von Todes wegen vorliegt.

Ebensowenig reicht der Erklärungsversuch Hellmanns aus.[33]) Er meint, beim Erbvertrag wolle sich der Erblasser, wenn er seinen Vertragsgegner einsetze, diesem binden, weshalb das Aufhören der Gebundenheit von seinem eigenen Willen abhängen müsste; anders sei es beim Erbvertrag zugunsten eines Dritten. Diesem Erklärungsversuch dürfte wohl mit Recht entgegen gehalten werden, dass, wenn anders überhaupt auf eine beabsichtigte Bindung Gewicht gelegt werden kann, in beiden Fällen der Erblasser sich gleichmässig wird binden wollen oder wird gebunden werden sollen, ohne Unterschied, wem die Zuwendung gemacht wird.

Der verzichtende Vermächtnisnehmer kann sowohl in einem Testament wie in einem Erbvertrage bedacht sein. Im letzteren Falle tritt aber auch hier wieder die eben besprochene Unterscheidung ein, ob der Bedachte der Vertragsgegner des Erblassers beim Abschluss des Erbvertrags gewesen ist oder ein Dritter. Nur der Dritte kann den Verzichtsvertrag des § 2352 schliessen, der bedachte Vertragsgegner des Erblassers muss zu einem wirksamen Verzicht mit dem Erblasser einen Aufhebungsvertrag nach Massgabe

[32]) a. a. O.

[33]) a. a. O.

des § 2290 schliessen, oder er muss seine gerichtlich oder notariell beglaubigte Zustimmung dazu geben, dass der Erblasser durch ein Testament die vertragsmässige Verfügung, durch welche das Vermächtnis angeordnet ist, aufhebt. Da dies Testament auch ein privatschriftliches [34]) sein kann,[35]) so liegt in diesem letzteren Verfahren, das doch denselben Zweck, wie ein Erbverzichtsvertrag erreicht, gewissermassen sogar eine Formerleichterung gegenüber dem gerichtlich oder notariell zu beglaubigenden Vertrage des § 2352.

Selbstverständliche Voraussetzung ist, und zwar sowohl bei dem Verzicht eines durch Erbvertrag berufenen Erben wie Vermächtnisnehmers, dass das Erbrecht oder das Vermächtnis vertragsmässig angeordnet ist. Liegt eine auch in einem Erbvertrage zulässige einseitige Verfügung des Erblassers vor, so gilt für den Verzicht des Erben oder Vermächtnisnehmers das gleiche, als wenn die Verfügung in einem Testament getroffen wäre.[36]) Der Erbe oder Vermächtnisnehmer kann also auf sein Recht durch einen Vertrag nach § 2352 verzichten, und zwar ohne Unterschied, ob er den Erbvertrag mit dem Erblasser geschlossen hat oder ob er ein Dritter ist. Ebensogut kann natürlich der Erblasser auch allein, ohne die Zustimmung des Eingesetzten oder Bedachten, diese einseitige Verfügung wieder aufheben.

Ein Verzicht auf eine Auflage, mit welcher der Erblasser einen Erben oder Vermächtnisnehmer in einem Testament oder in einem Erbvertrage beschwert hat, ist nach dem Begriff der Auflage nicht denkbar, da dem zur Erfüllung der Auflage Verpflichteten ein bestimmter Berechtigter nicht gegenüber steht;[37]) ein Verzicht muss aber begrifflich immer von dem Inhaber des Rechts ausgehen. Die hierbei nahe-

---

[34]) § 2231 Nr. 2.

[35]) Fischer-Henle § 2291 Anm. 1; Frommhold § 2291 Anm. 1; Planck-Ritgen § 2291 Anm. 1.

[36]) § 2299 Strohal S. 356 ff.; Endemann Bd. 3 S. 246 f.; Matthiass Bd. 2 S. 429.

[37]) Strohal § 6 II S. 37 f.; Endemann Bd. 3 § 73 S. 313; Matthiass Bd. 2 § 155; Böhm §§ 40 f.; §§ 1940, 2192 ff.

liegende Frage, ob diejenigen Personen, welche nach § 2194 die Vollziehung der Auflage von dem Belasteten verlangen können,[38]) auf dieses, seiner Natur nach noch strittige Recht schon bei Lebzeiten des Erblassers durch Vertrag mit dem Beschwerten verzichten können, dürfte mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung zu verneinen sein.

Dagegen kann ein von Todes wegen Beschenkter als Vertragspartei bei einem Erbverzicht auftreten. Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt der Schenkung von Todes wegen eine verschiedenartige Behandlung zuteil werden, je ob der Schenker die Schenkung durch Leistung des Zugewendeten vollzieht, oder ob nur ein Schenkungsversprechen unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt.[39]) Im ersteren Falle finden die Vorschriften über Schenkung unter Lebenden Anwendung; ein Verzicht auf diese Schenkung würde, was hier nicht weiter verfolgt werden kann, der Aufhebung des Schenkungsvertrages gleichkommen. Wohl aber interessiert der zweite Fall hier: auf ein derartiges Schenkungsversprechen finden nämlich die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen Anwendung. Ist hiernach aber die Schenkung als ein Erbeinsetzungs- oder als ein Vermächtnisvertrag aufzufassen, oder stellt sie, was allerdings bestritten ist,[40]) eine einseitige Verfügung des Erblassers dar, so steht der von Todes wegen Beschenkte einem Erben oder Vermächtnisnehmer gleich.

§ 5. Der Gegenstand des Erbverzichts.

Als Gegenstand unseres Rechtsgeschäfts, auf welchen verzichtet wird, bezeichnet das Gesetzbuch [1]) einerseits das Erbrecht des gesetzlichen Erben, andererseits die Zuwendung eines durch Testament oder Erbvertrag eingesetzten Erben oder bedachten Vermächtnisnehmers.

---

[38]) **Strohal S. 38.**

[39]) **§ 2301; Matthiass Bd. 2 S. 428 f.; Schiffner S. 212; Hellwig S. 593; Endemann Bd. 3 § 63.**

[40]) **Frommhold § 2301 Anm. 3; Schiffner S. 211; Hellwig a. a. O.**

[1]) **§§ 2346, 2352.**

Das Wort Erbverzicht selbst kann zu einer falschen Auffassung über den Gegenstand des Erbverzichts führen. Abgesehen von der Bedeutung „Verzicht des Erben", welche aber wohl kaum zutreffend sein dürfte, heisst Erbverzicht „Verzicht auf das Erbe". Unter „das Erbe" wird aber im Mittelhochdeutschen der ererbte Grund und Boden, das Stammgut verstanden, auch wohl schon bei Lebzeiten des Erblassers; „Erbe" steht im Gegensatz zum fahrenden Gut[2] [3]). Nach heutigem Sprachgebrauch bedeutet „Erbe" Erbschaft oder Nachlass[4]) schlechthin. Diese sind aber nicht Gegenstand des Erbverzichts, da an ihnen dem Erben oder Vermächtnisnehmer bei Lebzeiten des Erblassers keine Rechte zustehen, auf die er verzichten könnte.

Erbrecht im subjektiven Sinne wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht. Im objektiven Sinne bedeutet Erbrecht, was hier nicht weiter in Betracht kommen kann, die Gesamtheit der Normen, die sich auf den beim Erbfall erfolgenden Uebergang des Vermögens des Erblassers auf andere Personen beziehen.[5])

Zunächst bedeutet „Erbrecht" die infolge des durch Annahme endgültig gewordenen Erbschaftserwerbs sich ergebende rechtliche Stellung des Erben, das *ius successionis;* so z. B. in §§ 2353, 2376. Einen Verzicht hierauf gibt es nicht mehr.

Zweitens bezeichnet es das infolge des Erbanfalls entstandene Recht des Erben, den Erbschaftserwerb durch die Annahme zu einem definitiven zu machen oder aber auch durch Ausschlagung wieder rückgängig zu machen. So in

---

[2]) Grimm Bd. 3 S. 710; Weigand Bd. 1 S. 457.

[3]) Von diesem Gesichtspunkte erhält die Auffassung Beselers, Erbverträge II 2 S. 222, eine Unterstützung, wenn er in der Zustimmung des Erben zur Veräusserung von Familiengut einen Erbverzicht sieht; Stobbe S. 302 Anm. 2.

[4]) Ueber den Unterschied zwischen Erbschaft und Nachlass, von denen das erstere mit Beziehung auf die Person des Erben gebraucht wird, s. Motive Bd. 5 S. 603; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 623 Anm. 2; vgl. auch „Erbteil" im Gegensatz zu „Anteil am Nachlass".

[5]) Motive Bd. 5 S. 1; Strohal S. 34 f.; Endemann Bd. 3 S. 1.

§§ 1946, 1952. Der Verzicht auf dieses Recht ist die Ausschlagung.

Schliesslich gebraucht das Gesetzbuch diese Bezeichnung in dem hier interessierenden Sinne der „selbstverständlich unvererblichen Aussicht jemandes, auf Grund des Gesetzes oder einer Verfügung von Todes wegen Erbe eines zurzeit noch Lebenden zu werden“ [6] [7] (§§ 2346 ff.).

Von den beiden ersteren Begriffen [8] unterscheidet sich das Erbrecht des § 2346 wesentlich dadurch, dass jene den Eintritt des Erbfalls zur notwendigen Voraussetzung für ihr Entstehen haben. Das Vorhandensein eines Erbrechts vor dem Tode des Erblassers ist in der gemeinrechtlichen Doktrin lebhaft bestritten worden.[9]) Man stellte es, soweit es überhaupt Anerkennung fand, nicht unter die erworbenen Rechte, sondern bezeichnete es als ein blosses Hoffnungsrecht, das einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht besässe,[10]) insofern als es einen Anteil an den Rechtsgütern nicht gewährte.[11]) Auf Grund dieser Betrachtungsweise behält die Bezeichnung dieses „Erbrechts“ als einer blossen Anwartschaft, eines Hoffnungsrechts, wie dies auch in der obigen, sich an Strohal anlehnenden Definition, zum Ausdruck gelangt ist, auch für das bürgerliche Recht seine Bedeutung, wenngleich auch der Sprachgebrauch des Gesetzbuchs wird Beachtung finden müssen.

Seiner Natur nach enthält jenes Recht weder obligatorische noch dingliche Momente;[12]) der künftige Erbe ist

[6]) Strohal S. 35.

[7]) Diesem Begriff reiht sich die von Strohal S. 34 gleichfalls als ein subjektives Recht verstandene Anwartschaft des als Nacherbe Eingesetzten auf den Eintritt des Falls der Nacherbfolge an.

[8]) Ueber die rechtliche Natur dieser Rechte s. Unger Bd. 1 S. 499 ff.; Windscheid Bd. 3 S. 202, 457; Köppen S. 10, 11, 18; Kuhlenbeck S. 202 ff. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 638; Pfaff-Hofmann S. 38 ff.

[9]) Meissner S. 543 ff.; Pfaff-Hofmann a. a. O.

[10]) Beseler, Erbv. II 2 S. 248.

[11]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 39; Unger Bd. 1 § 58.

[12]) Das Erbrecht im ersten Sinn ist früher mitunter als ein dingliches Recht aufgefasst worden, so von Unger a. a O. Neuerdings nähert sich Enneccerus-Lehmann a. a. O. wieder dieser Auffassung.

auf Grund seiner Anwartschaft weder berechtigt, vom Erblasser eine Leistung zu fordern, noch stehen ihm irgend welche Rechte an dessen Vermögen unmittelbar zu. Auch als ein familienrechtliches kann es nicht angesprochen werden, da ein solches Statusverhältnis zwischen Erblasser und Erben nicht zu bestehen braucht, wie schon daraus hervorgeht, dass auch ein testamentarischer oder vertragsmässiger Erbe Inhaber dieses Rechts sein kann, ohne dass an dessen Natur oder Behandlung sich ein Unterschied feststellen liesse. Am besten könnte man wohl das Erbrecht des § 2346 als eine rein erbrechliche, durch Gesetz oder Verfügung von Todes wegen begründete Statusqualität bezeichnen.[13])

Die Bedenken, die sich für das gemeine Recht daraus ergaben, dass ein Verzicht nur auf erworbene, nicht aber auf bloss erhoffte Rechte möglich sein sollte,[14]) sind für das bürgerliche Recht durch die positive Gesetzesbestimmung beseitigt.

In § 2352 spricht der Gesetzgeber nicht von dem Verzicht auf ein Recht, sondern vom Verzicht auf eine „Zuwendung". Dieser Begriff bedarf einer näheren Erläuterung, da das Gesetzbuch mit ihm die verschiedenartigsten Dinge bezeichnet. Unter Zuwendung wird nämlich erstens der in einem Testament oder Erbvertrag erfolgende Akt der Zuwendung,[15]) mag diese in einer Erbeinsetzung oder in der Errichtung eines Testamentes bestehen,[16]) verstanden. Sodann kann Zuwendung, und dies entspricht dem Sprachgefühl am meisten, den zugewendeten Vermögensgegenstand bezeichnen,[17]) obwohl das Gesetz in diesem Falle auch von dem Zugewendeten spricht.[18]) Schliesslich kann Zuwendung die aus dem Zuwendungsakt für den Berechtigten sich ergebende rechtliche Stellung oder Berechtigung bedeuten.

[13]) Pfaff-Hofmann S. 39; Unger Bd. 1 S. 535.

[14]) Unger Bd. 2 S. 173. [15]) §§ 2050, 2235 u. A.

[16]) Mit Unrecht versucht Endemann Bd. 3 S. 280 Anm. 3 nachzuweisen, dass auch Auflagen vom Gesetz als Zuwendungen bezeichnet würden. Die von ihm angezogenen §§ 1940, 2195 rechtfertigen seine Behauptung nicht, § 2195 widerlegt ihn sogar.

[17]) §§ 2051, 2053 u. a.

[18]) §§ 2072, 2271, 2298; vgl. Gradenwitz S. 177.

Als für das Verständnis besonders förderlich kann diese Freiheit des Sprachgebrauchs im Gesetzbuch gerade nicht bezeichnet werden; es liegt hier eine gleiche Vielseitigkeit der Bedeutung vor, wie beim Vermächtnis.[19]) Wenig vorteilhaft ist ferner, dass auch die Erbeinsetzung als eine Zuwendung gilt, da man geneigt ist, nur das Vermächtnis als eine solche aufzufassen.

Für den Erbverzicht kann von den Bedeutungen der Zuwendung, wie ohne weiteres klar ist, nur die in Frage kommen, welche das aus der Erbeinsetzung für den künftigen Erben sich ergebende Recht bedeutet. Dies Recht entspricht völlig dem oben erörterten Erbrecht des gesetzlichen Erben; es macht keinen Unterschied, ob die Quelle dieser Anwartschaft das Gesetz, ein Testament oder ein Erbvertrag ist.[20]) Die Bezeichnung dieses Rechts in § 2352 darf nicht dazu führen, als Gegenstand des Verzichts eines gewillkürten oder Vertragserben etwa das Vermögen des Erblassers aufzufassen.

Dasselbe trifft für den Verzicht des in einem Testament oder in einem Erbvertrag bedachten Vermächtnisnehmers auf die ihm gemachte Zuwendung zu. Gegenstand des Verzichts ist auch hier nicht das vermachte Vermögensstück, denn hinsichtlich dessen hat der Bedachte weder obligatorische, noch dingliche Rechte, sondern nur das Recht oder die Anwartschaft, mit dem Erbfall einen Vermächtnisanspruch gegen den Erben zu erhalten.[21]) Ungenau ist es, von einem Verzicht auf den Vermächtnisanspruch zu sprechen, dieser entsteht erst mit dem Erbfall.[22])

---

[19]) Strohal S. 199 f.

[20]) Ueber das Verhältnis der einzelnen Berufungsgründe zueinander Binder I S. 62 ff.

[21]) Da ungewiss ist, ob der Bedachte oder Erbe den Erbfall erlebt und sich dadurch das Hoffnungsrecht zu einem Anspruch oder *ius successionis* verdichtet, stellt ein entgeltlicher Verzicht ein gewagtes Geschäft dar.

[22]) Der Verzicht auf den Pflichtteil ist dem auf das Vermächtnis analog zu behandeln, da der Pflichtteil als gesetzliches Vermächtnis gilt.

§ 6. Der Inhalt und die Wirkung des Erbverzichts.

Der Inhalt des Erbverzichts besteht darin, dass der Verzichtende den Verzicht auf sein Erbrecht oder die ihm gemachte Zuwendung ausspricht, und dass der Erblasser diese Willenserklärung annimmt.

Die Wirkung des Erbverzichts ist vom Gesetzgeber für den gesetzlichen Erben ausdrücklich dahin festgelegt worden, dass er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte,[1]) Für die übrigen Verzichtsfälle[2]) ist eine entsprechende Angabe der Verzichtswirkung nicht erfolgt.

Durch diese Angabe seiner Wirkungen hat das Gesetzbuch mit Recht den rein erbrechtlichen Charakter des Erbverzichts hervorgehoben. Dieser ist keineswegs immer anerkannt gewesen.

Im gemeinen Recht wurde der Erbverzicht bis auf Hasse und Beseler als ein obligatorischer Vertrag aufgefasst; es wurde einem jeden Verzicht die stillschweigende Bedingung: *si hereditas fuerit delata* als hinzugefügt gedacht und sein Inhalt darin gesehen, dass der Verzichtende die schuldrechtliche Verpflichtung übernahm, die Erbschaft, wenn sie ihm anfiele, auszuschlagen,[3]) so dass also der Erbverzicht ein *pactum de repudianda hereditate* oder ein *pactum de non petendo* war. Der Anfall der Erbschaft wäre also durch einen derartigen Vertrag nicht gehindert worden. Erst Hasse und Beseler[4]) haben das Unhaltbare dieser Konstruktion nachgewiesen und darauf aufmerksam gemacht,

---

§ 2346 Abs. 2 spricht richtig von einem Verzicht auf das Pflichtteilsrecht. Strohal S. 415 ff.; Matthiass Bd. 2 § 156 ff. mit Literaturangabe; Neumann, B.G.B. § 2346 Anm. 4a; Soergel zu § 2303; Wilke § 2346 Anm. 6.

[1]) § 2346.

[2]) § 2352.

[3]) Stobbe S. 309; Pfaff-Hofmann S. 36 ff.; Beseler Erbv. II 2 § 24.

[4]) Hasse Bd. 2 S. 150 ff.; Beseler, Erbv. II 1 S. 19, 24, 79, 235 f.; Meisner S. 534; Pfaff-Hofmann a. a. O.; Koch § 74, § 82 S. 772, 786 ff., 863 ff., 877 ff.

dass der Erbverzicht sich nicht auf den Nachlass, sondern unmittelbar auf die Beerbung bezöge. Seit dieser Zeit ist die rein erbrechtliche Natur des Erbverzichts immer klarer erkannt und auch in den Gesetzbüchern zum Ausdruck gebracht worden.[5]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich deutlich dieser Entwicklung angeschlossen.

Ein Ueberrest der Auffassung des Erbverzichts als eines obligatorischen Vertrages könnte noch in der Behandlung erblickt werden, die ihm in den Uebergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch[6]) zuteil geworden ist. Während nämlich im allgemeinen im Erbrecht hinsichtlich der Frage, ob das alte oder das neue Recht Anwendung zu finden hat, der Zeitpunkt des Todes des Erblassers massgebend ist,[7]) bestimmt sich die Entscheidung dieser Frage für den Erbverzicht nach der Zeit seines Abschlusses; ein vor dem 1. Januar 1900 geschlossener Erbverzichtsvertrag ist, auch wenn der Erblasser erst nach diesem Tage gestorben ist, hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Wirkungen nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen.[8]) Durch diese Vorschrift ist allerdings der Erbverzicht insoweit den obligatorischen Verträgen gleichgestellt, als auch für diese, wenn sie vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Rechts zustande gekommen sind, die früheren Gesetze massgebend bleiben,[9]) allein es wäre verfehlt, aus diesem Grunde auf ein durch die Errichtung des Erbverzichtsvertrages zwischen den Parteien geschaffenes obligatorisches Verhältnis zu schliessen.[10]) Diese Ausnahmebehandlung des Erbverzichts findet ihre Erklärung lediglich darin, dass durch ihn mittelbar dieselben Wirkungen erzielt werden, wie durch eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen; für diese aber bleiben, falls sie vor 1900 getroffen sind, die bisherigen

---

[5]) Huber S. 320.
[6]) Art. 217.
[7]) Art. 213.
[8]) Strohal S. 6 f.; Matthiass Bd. 1 S. 52; Habicht S. 720, 767 ff.
[9]) Art. 170.
[10]) Dies tut Niedner Art. 217 Anm. 1.

Gesetze anwendbar.[11]) Es lag daher nahe, dieselbe Vorschrift auch für den Erbverzicht zu geben. Dies wird um so deutlicher, wenn man berücksichtigt, dass der Artikel 217 des Einführungsgesetzes erst in der zweiten Kommission aus dem jetzigen Artikel 214 herausgenommen worden ist, nachdem man mit der Auffassung des ersten Entwurfs gebrochen hatte, nach welcher der Erbverzicht als eine mit Zustimmung des Verzichtenden vorgenommene Verfügung des Erblassers von Todes wegen angesehen wurde[12]).

Ist es nun aber nach bürgerlichem Recht überhaupt nicht mehr möglich, einen Erbverzichtsvertrag mit obligatorischem Charakter, ein *pactum de repudianda hereditate* zu schliessen? Als Vertragsparteien dürften natürlich nur der Erblasser und der Verzichtende in Betracht kommen, denn ein Verzicht des Erben mit einem Dritten wäre ein Erbschaftsvertrag.[13]) Die aufgeworfene Frage dürfte zu bejahen sein; durch die Regelung des Erbverzichts als eines erbrechtlichen Vertrages in den §§ 2346 ff. hat der Gesetzgeber keine ausschliesslichen Bestimmungen in dem Sinne aufstellen wollen, dass die Parteien die Möglichkeit verlieren sollten, auch auf einem anderen Wege zu einem, im wesentlichen gleichen Ziele zu gelangen. Der Inhalt der in einem solchen schuldrechtlichen Vertrage von dem Verzichtenden übernommenen Leistungspflicht bestände darin, dass er gehalten wäre, die ihm durch den Erbfall angefallene Erbschaft auszuschlagen, oder seinen Vermächtnis- oder Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen. Bedenken gegen die Zulässigkeit eines solchen Obligationszweckes walten bei der vom Gesetz zugelassenen allgemeinen Vertragsfreiheit nicht ob; auch das Verbot des § 312 greift nicht ein, da dessen Bestimmungen nur den Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten für nichtig erklären, während es sich hier um den Nachlass einer Vertragspartei handelt.

---

[11]) Art. 214.

[12]) s. o. S. 24f.; Staudinger-Wagner Art. 217 Anm. 1.

[13]) s. o. S. 26ff.

Die von Hasse [14]) für das gemeine Recht vorgebrachten Zweifel, ein solcher Vertrag sei mangels eines Vermögensinteresses für den Erblasser als gültig nicht anzuerkennen, verlieren für das bürgerliche Recht ihre Bedeutung. Der praktischen Durchführbarkeit dieses Schuldvertrages stellen sich, wenn es sich um einen verzichtenden Erben handelt, zwar insofern Schwierigkeiten entgegen, als dieser trotzdem zur Erbschaft berufen wird; wichtiger kann der Verzicht eines Vermächtnisbedachten werden.

Ein obligatorischer Vorvertrag auf den Abschluss eines Erbverzichts ist gültig. § 2302 [15]) steht seiner Zulässigkeit nicht entgegen, da er nur jede Beschränkung des Erblassers in seiner Freiheit, über sein Vermögen von Todes wegen zu verfügen, verhindern will. Der Erbverzicht ist aber keine Verfügung des Erblassers von Todes wegen, dessen Testierfreiheit durch ihn auch nicht eingeschränkt, sondern vielmehr erweitert wird. Ausserdem kann der Erblasser das durch den Erbverzicht aufgehobene Recht jederzeit durch eine neue Verfügung von Todes wegen wieder herstellen, oder genauer gesagt wieder ersetzen. Andererseits kann der Verzichtende, zumal wenn er bereits für die Leistung des Verzichts eine Abfindung erhalten hat, den anderen Erben gegenüber ein grosses ethisches Interesse an dem durch den Vorvertrag gesicherten Zustandekommen des Erbverzichtsvertrages haben.[16]) [17])

---

[14]) Bd. 2 S. 210.

[15]) Matthiass Bd. 2 S. 417; Schiffner S. 199 ff.; Endemann Bd. 3 S. 99, 256; Motive Bd. 5 S. 8; Protokolle Bd. 5 S. 5, 462.

[16]) In der Form müsste der Vorvertrag § 2348 genügen. Planck Bd. 1 S. 176; Cosack Bd. 1 S. 290; Endemann Bd. 1 S. 616 ff.; Matthiass Bd. 1 S. 189 ff. (Literaturangabe); Neumann, Jahrb. Bd. 2 § 2348 Nr. 2, R.G. Bd. 48 S. 185 f. Anderer Ansicht Staudinger Bd. 1 S. 319 f., 363 f.

[17]) Darüber, dass der Erbverzicht auch kein sachen- oder familienrechtlicher Vertrag sein kann, s. o. und Pfaff-Hofmann S. 37. Gegen einen familienrechtlichen Charakter spricht auch, dass ein dem Verzichtenden gegen den Erblasser zustehender Unterhaltsanspruch durch den Verzicht nicht berührt wird. Motive Bd. 4 S. 710, 901; Strohal S. 528; Hellwig S. 599 Anm. 277; Gerber-Cosack S. 543.

Welches ist nun die erbrechtliche Wirkung des nach § 2346 geschlossenen Erbverzichts? Die Beantwortung dieser Frage müsste sich eigentlich aus dem Begriffe des Verzichts überhaupt ergeben; verzichten heisst, wie wir gesehen, auf ein Recht entsagen, es aufgeben, und zwar ohne es auf einen Anderen zu übertragen, so dass das Recht, da es ohne Beziehung auf ein Rechtssubjekt nicht bestehen kann, untergeht. Dies wurde im gemeinen Recht auch allseitig als die Folge des Erbverzichts angegeben, sobald seine Konstruktion als obligatorischer Vertrag als unhaltbar anerkannt war. Hasse [18]) spricht von einem „Verlust des Erbrechts", welches „augenblicklich eingebüsst" werde. Beseler [19]) bezeichnet den Erbverzicht als einen „Vertrag, durch den ein Erbrecht aufgegeben wird, welcher das Erbrecht absolut und unmittelbar aufhebt." [20])

Gegen diese Formulierung erhoben sich aber schliesslich Bedenken. Albrecht [21]) machte geltend, „dass das gesetzliche Erbrecht beim Leben des Erblassers noch gar nicht als ein wirkliches existiere und daher auch nicht unmittelbar Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein" könne, wovon auch das Pflichtteilsrecht keine Ausnahme mache. Diese Auschauung zwingt ihn zu einer Konstruktion, die den Erbverzicht wiederum als ein obligatorisches Geschäft erscheinen lässt [22]) und deshalb unhaltbar ist. Pfaff-Hofmann [23]) teilen die theoretischen Bedenken Albrechts und stellen des weiteren folgende Erwägungen an: würde durch den Erbverzicht ein Recht zerstört, so bliebe es zerstört, auch wenn, was zweifellos zulässig sei, der Erbverzichtsvertrag durch *mutuus consensus* später wieder aufgehoben würde; der Verzichtende könne nur auf Grund einer Erbeinsetzung ein neues, vom dem verlorenen verschiedenes

---

[18]) Bd. 2 S. 151, 162.
[19]) II 2 S. 233 f., 237.
[20]) Pfaff-Hofmann S. 38, bes. Anm. 40.
[21]) S. 348 f.
[22]) S. 349.
[23]) S. 40 f.; Meissels S. 40 ff.; Stobbe S. 310 f.; Osenstätter S. 130 f.

Erbrecht erwerben; resolutiv bedingte und teilweise Erbverzichte wären unmöglich, da erstere zunächst wie unbedingte wirkten, bezüglich der letzteren aber ein teilweises Aufgeben einer Statusqualität undenkbar sei. Von diesen Gesichtspunkten aus verneinen Pfaff-Hofmann überhaupt, dass durch den Erbverzicht irgend etwas zerstört oder aufgehoben werde; so wenig wie das Intestaterbrecht eines Erben zerstört oder völlig vernichtet werde, wenn der Erblasser ein Testament zu seinen Ungunsten errichte, so wenig wie das des Neffen endgültig aufgehoben sei, wenn dem bisher kinderlosen Erblasser Kinder geboren würden, vielmehr ohne weiteres wieder bestehe, wenn das Testament wieder vernichtet würde oder die Kinder wieder stürben, ebensowenig werde durch den Erbverzicht ein Erbrecht direkt und absolut aufgehoben; der Erbverzicht sei vielmehr nur „ein die Hoffnung oder die Anwartschaft des Erben zurückdrängender Umstand," werde der Verzichtsvertrag durch *mutuus consensus,* Eintritt der Resolutivbedingung oder sonst wie wieder aufgelöst, so komme jene Anwartschaft wieder in den Vordergrund;[24]) der Erbverzicht stelle deshalb nichts anderes dar, als eine vertragsmässige Enterbung und unterscheide sich vom Erbvertrag nur durch seinen negativen Erfolg.[25]) Meissels,[26]) welcher sich Pfaff-Hofmann in jeder Hinsicht anschliesst, zieht sogar aus der Auffassung des Erbverzichts als einer vertragsweise erfolgenden Enterbung die Erklärung für die Vertragsnatur dieses Rechtsgeschäfts überhaupt.[27])

Für das bürgerliche Recht erhält die Konstruktion von Pfaff-Hofmann durch den Gesetzestext eine beachtenswerte Unterstützung. § 2346 bestimmt die Wirkung des Erbverzichts ausdrücklich dahin, dass der Verzichtende von der Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erb-

---

[24]) S. 41.

[25]) S. 42.

[26]) S. 42.

[27]) Koch S. 890 hält das Erbrecht nach dem Erbfall gleichfalls für eine von der Person untrennbare Statusqualität.

falls nicht mehr lebte.[28]) Durch diese Fassung wird darauf hingewiesen, dass die Wirkungen des Erbverzichts sich auf die künftige Delation der Erbschaft beziehen und darin bestehen, dass die Delation an den Verzichtenden nicht stattfindet. Hierdurch wird die Vorstellung einer im Erbverzichtsvertrag liegenden Enterbung gefördert. Auch im übrigen treffen die Ueberlegungen jener Rechtslehrer zu. Das Recht, auf das verzichtet wird, ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kein Recht im engeren Sinne, sondern ebenfalls eine blosse Anwartschaft;[29]) mit der Aufhebung des Erbverzichts, die in § 2351 vorgesehen ist, erhält der Verzichtende sofort sein aufgegebenes Erbrecht wieder, ohne dass es einer besonderen neuen Begründung desselben bedürfte, bedingte[30]) und teilweise[31]) Erbverzichte sind zugelassen.

Eine konsequente Durchführung der Gedanken von Pfaff und Hofmann müsste dazu führen, den Begriff des Erbverzichts gänzlich fallen zu lassen und an seine Stelle den des Enterbungsvertrages zu setzen. Dass das Bürgerliche Gesetzbuch diesen Weg aber nicht gegangen ist, wodurch es die Entwicklung, die der Erbverzicht in seiner Unterscheidung vom Erbvertrag genommen hat, wieder aufgehoben hätte, ist durchaus zu billigen. Die juristisch vielleicht bessere Konstruktion der vertragsmässigen Enterbung widerspricht dem Gefühl und der Absicht der Parteien. Der Verzichtende will nicht die Zustimmung zu seiner Enterbung geben, sondern freiwillig auf sein Recht entsagen, er will die Hauptperson bei diesem Vertrage sein.[32]) Als eine Enterbung würde der Erbverzicht auch, was der ganzen Behandlung, die das Gesetz ihm zuteil werden lässt, widerspräche, eine Verfügung von Todes wegen sein.[33])

---

[28]) Vgl. A.L.R. I 12 § 649; Oesterr. B.G.B. § 538.

[29]) s. o. § 5.

[30]) s. o. S. 23.

[31]) § 2346 Abs. 2.

[32]) s. o. S. 25, 43.

[33]) Ueber den Umfang der Wirkungen des Erbverzichts s. §§ 2346, 2349, 2350.

§ 7. Der Erbverzicht ist ein einseitiger, unentgeltlicher Vertrag.

Die Verträge werden, je nachdem ob nur ein Teil aus ihnen verpflichtet und der andere berechtigt wird, oder ob jeder Teil zugleich Gläubiger und Schuldner wird, eingeteilt in einseitige Verträge und zweiseitige oder gegenseitige.[1] [2] Diese Unterscheidung hat zwar in der ausgesprochenen Weise nur für die Schuldverträge Bedeutung und leitet sich auch von diesen her, allein es steht nichts im Wege, sie auch auf andere Verträge anzuwenden. An die Stelle der Leistung tritt dann nur eine dem Rechtsgebiet, welchem der Vertrag angehört, entsprechende Rechtssphärenveränderung. Je ob diese nur einen Teil oder beide trifft, ist der Vertrag einseitig oder zweiseitig.

Von diesem Gesichtspunkt aus beurteilt ist der Erbverzichtsvertrag stets streng einseitig, es findet durch ihn nur eine Rechtssphärenbeschränkung des Verzichtenden statt, nie kann zugleich der Erblasser eine Belastung zugunsten des Verzichtenden oder eines Dritten übernehmen. Für den unentgeltlichen Verzicht bedarf dies keiner weiteren Ausführung; der Erblasser übernimmt durch die Annahme der Verzichtserklärung keinerlei Verpflichtung oder Beschränkung. Dies trifft auch für den Verzicht zugunsten eines Dritten zu, dieser Verzicht ist nur von der Bedingung abhängig, dass der Dritte Erbe wird;[3] keinesfalls gilt ein solcher Vertrag als eine von dem Erblasser vorgenommene Erbeinsetzung des Dritten,[4] haben die Parteien eine solche beabsichtigt, so muss ein mit dem Erbverzicht verbundener

---

[1] Dernburg, Pand. Bd. 1 § 92, Bd. 2 § 20; Endemann Bd. 1 S. 699; Dernburg, Bürg. R. Bd. 2 § 91; Cosack Bd. 1 § 86.

[2] Hiermit ist nicht zu verwechseln, dass der Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist.

[3] § 2350.

[4] Strohal S. 537 f.; Endemann Bd. 3 S. 277; Hellwig S. 635 Anm. 312; Matthiass Bd. 2 S. 443; Planck-Ritgen, Staudinger-Herzfelder § 2350 Anm. 2; Frommhold § 2350 Anm. 1.

Erbvertrag, dessen Formen auch gewahrt sein müssen, angenommen werden.[5])

Dagegen erscheint ein längeres Verweilen bei dem sogenannten entgeltlichen Erbverzicht, welcher auch der bei weitem häufigere ist, geboten. Besondere gesetzliche Bestimmungen sind für ihn nicht gegeben; die Motive[6]) lehnen dies sogar ausdrücklich ab, um die Gefahr einer nicht genügenden Auseinanderhaltung der bei einem entgeltlichen Verzicht zu unterscheidenden Vertrage zu vermeiden.

Bei einem jeden entgeltlichen Verzicht liegen nämlich mehrere, völlig selbständig für sich bestehende und nur äusserlich miteinander verbundene[7]) Verträge vor.[8]) Jeder von ihnen ist bezüglich seiner Voraussetzungen und Form seinen besonderen Normen unterworfen.[9]) Der eine der Verträge, in welchem die Abfindung vereinbart wird, ist ein schuldrechtlicher, der andere, in welchem auf die Zuwendung oder das Erbrecht verzichtet wird, ist ein erbrechtlicher.[10])

Wichtig ist die Frage, inwiefern sich die beiden Verträge in ihrem Bestande und in ihren Wirkungen gegenseitig beeinflussen. Es sind hier verschiedene Möglichkeiten in Betracht zu ziehen:

1. Der Erbe, oder nehmen wir an, der Pflichtteilsberechtigte empfängt von dem Erblasser eine Abfindung von 10 000 Mark und schliesst nunmehr mit ihm einen

---

[5]) Der unentgeltliche Verzicht ist keine Schenkung § 517; Strohal S. 539 Anm. 34; Planck § 517 Anm. 1, 6; Oertmann § 517 Anm. 2.

[6]) Bd. 5 S. 479; Koch S. 873 ff.

[7]) Die Verbindung kann eine so enge sein, dass beide Verträge in derselben Vertragsurkunde enthalten sind.

[8]) Strohal S. 539, 402; Pfaff-Hofmann S. 48, Endemann Bd. 3 S. 278; Frommhold § 2346 Anm. 1; Planck-Ritgen § 2346 Anm. 2.

[9]) Zu berücksichtigen ist besonders für jeden Vertrag einzeln, inwieweit ein Geschäftsbeschränkter ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters handeln darf und inwieweit etwa eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Neumann, Jahrb. § 2347 Nr. 1.

[10]) Es genügt nicht, wenn Wilke § 2274 Vorbem. sagt, die kausale Verbindung bilde keinen wesentlichen Bestandteil der erbrechtlichen Verfügung.

gültigen Erbverzichtsvertrag ab. Nachträglich stellt sich heraus, dass diese Summe eine zu geringe war, der Pflichtteil beträgt 20 000 Mark. Kann der Pflichtteilserbe den Erbverzicht aus diesem Grunde anfechten oder weitere 10 000 Mark auf seinen Pflichtteil fordern?

Dies ist zu verneinen. Ein Irrtum des Verzichtenden über die Höhe des von ihm aufgegebenen Rechts, die irrige Annahme bereits hinreichend abgefunden zu sein, ist als ein für die Gültigkeit des Erbverzichts nicht in Betracht kommender Irrtum im Beweggrunde zu erachten.[11]) Sicherlich aber ist es zulässig, dass die Wirksamkeit des Erbverzichts davon abhängig gemacht wird, dass der spätere Pflichtteil nicht grösser sei, als die gewährte Abfindung. Ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden aus § 123 für den Fall, dass der Erblasser ihn über die Grösse seines Vermögens arglistig getäuscht hat, wird durch diese Entscheidung nicht berührt.

2. Der Erblasser verspricht dem Erben als Entgelt für den Erbverzicht eine bestimmte Vermögenszuwendung, sei es in einem besonderen oder in einem mit dem Erbverzicht gleichzeitig abgeschlossenen Vertrage.

Nehmen wir zunächst an, beide Verträge seien vollwirksam zustande gekommen, der Erblasser erfülle aber die in dem obligatorischen Vertrage übernommene Pflicht zur Leistung der Abfindung nicht. Trotzdem bleibt der Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, die Nichterfüllung des schuldrechtlichen Vertrages übt keinen Einfluss auf den Bestand des erbrechtlichen aus. Wohl aber ist der Erbe berechtigt, von dem Erblasser und nach dessen Tode von seinen Erben die Erfüllung des Abfindungsvertrages zu fordern.[12])

Gesetzt andererseits, der obligatorische Vertrag komme nicht wirksam zustande, sei es, dass eine Willenseinigung

---

[11]) Planck-Ritgen Vorbem. 2 zu § 2346.

[12]) Durch den Erbfall erlischt dieser Anspruch nicht, da der Verzichtende nicht Erbe wird und deshalb kein Konfusio eintritt.

nicht eingetreten, sei es, dass eine Formvorschrift[13]) nicht beobachtet worden ist, während der Erbverzichtsvertrag gültig abgeschlossen worden ist. Haben hier die Parteien in den Erbverzichtsvertrag eine Bedingung dahin aufgenommen, dass der Verzichtende nur dann von der Erbfolge ausgeschlossen sein solle, wenn auch der Abfindungsvertrag gültig und erfüllt wäre, so tritt die Wirksamkeit des Erbverzichts erst mit der Erfüllung jener Bedingung ein.[14]) Die Aufnahme einer derartigen Bedingung in den Erbverzichtsvertrag muss jedoch ausdrücklich erfolgt sein, es geht nicht an, sie als einem jeden entgeltlichen Verzicht beigefügt zu unterstellen.[15])

Dieser Auffassung nähert sich aber Strohal,[16]) wenn er dem Verzichtenden, falls sich nachträglich die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages herausstelle, die Möglichkeit einer Anfechtung des Erbverzichts als für diesen Fall nicht gewollt gewähren will. Die Zulassung eines solchen Anfechtungsrechts erscheint recht bedenklich, umsomehr als das Gesetz, wie Strohal selbst zugesteht, einen positiven Anhalt hierfür nirgend bietet und im besonderen über die Art, wie es auszuüben wäre, keine Vorschriften gibt. Die Vorschläge, welche Strohal[17]) selbst in dieser letzteren Beziehung macht, dürften als recht willkürlich und trotzdem wenig praktisch zu bezeichnen sein. Auf Grund welcher Gesetzesbestimmungen soll denn dies Anfechtungsrecht bestehen? Strohal und im Anschluss an ihn Frommhold[18]) wollen eine analoge Anwendung der §§ 2281, 2282, 2295, 2078 eintreten lassen. Allein hierbei lassen sie ausser acht, dass es sich in den genannten Paragraphen immer um ein dem Erblasser gewährtes Anfechtungsrecht handelt,

---

[13]) Es kann ein Leibrenten- (§ 761) oder Schenkungsvertrag (§ 518) vorliegen.

[14]) Strohal S. 539; Frommhold a. a. O.

[15]) Planck-Ritgen a. a. O.

[16]) S. 528 Anm. 6 S. 402 Anm. 1.

[17]) S. 539f. Anm. 36.

[18]) § 2346 Anm. 2.

und zwar zur Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen. In dem hier vorliegenden Falle soll aber dem Erben, der verzichtet hat, ein Anfechtungsrecht ermöglicht werden, ganz abgesehen davon, dass auch für den Erblasser der Erbverzicht nicht eine Verfügung von Todes wegen ist.[19]) Ferner stellen jene Gesetzesvorschriften eine ausdrückliche und ausführlich in der Art ihrer Ausübung festgelegte Sonderbestimmung für den Erbvertrag dar; hätte das Gesetz, das doch den Erbverzicht nicht mehr als eine Unterart des Erbvertrags auffasst, eine analoge Anwendung jener Sondervorschriften auch für den Erbverzicht zulassen wollen, so hätte es dies bestimmt zum Ausdruck bringen müssen.

Scheiden aber jene Paragraphen als für die Anfechtung des Erbverzichts seitens des Erben nicht anwendbar aus, so lässt sich ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden nur aus den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen herleiten.[20])

Von diesen kann nur § 119 in Anwendung kommen, d. h. der Verzichtende kann nur dann anfechten, wenn er bei der Abgabe der Verzichtserklärung über ihren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, sofern anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

Der Inhalt der Erbverzichtserklärung besteht, und kann nur bestehen in der Aufgabe des Erbrechts, des Vermächtnis- oder Pflichtteilsrechts, als eine solche wird die Willenserklärung aber in jedem Falle gewollt sein. Wenn Strohal annimmt, dass die Erklärung „eine für den Fall der Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages nicht gewollte“ sei, so zieht er damit einen Umstand in das Rechtsgeschäft, der zu dessen Tatbestand nicht mehr gehört, wenn er ihm nicht ausdrücklich in der Form einer Bedingung hinzugefügt ist.

---

[19]) s. o. S. 60.

[20]) Frommhold § 2281 Anm. 3a weist übrigens selbst richtig darauf hin, dass der Vertragsgegner des Erblassers nur auf Grund der allgemeinen Anfechtungsnormen anfechten könne.

Der Erwartung des Verzichtenden, schon bei Lebzeiten des Erblassers eine seinem Erbteil oder der ihm gemachten Zuwendung entsprechende Abfindung versprochen oder geleistet erhalten zu haben, kann keine weitergehende Bedeutung zuerkannt werden, als die eines blossen Beweggrundes. Ein solcher hat aber nur dann Einfluss auf den Bestand eines Rechtsgeschäfts, wenn dies ausdrücklich bestimmt, beim Vertrage also mit vereinbart worden ist.[21])

Hiernach ist ein Anfechtungsrecht, wie Strohal es konstruieren will, als nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhend abzulehnen, und es erhebt sich die Frage, auf welche andere Weise jener der Billigkeit nicht entsprechende Zustand, dass der Verzichtende von der Erbfolge ausgeschlossen ist, gleichwohl aber keinen Anspruch auf die in dem unwirksamen Abfindungsvertrag versprochene Leistung hat, zu beseitigen sei.

Endemann[22]) schlägt folgenden Ausweg vor: wenn die Abfindung nicht gewährt werde, oder auf andere Weise der Rechtsgrund für den Erbverzicht fortfalle, so könne der Verzichtende die Aufhebung des Verzichtsvertrages nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen; auf diese Weise sei hier die Herausgabe der Bereicherung zu bewirken.

Die praktische Durchführbarkeit dieses Vorschlags zieht Strohal[23]) in Zweifel, die rechtliche Natur des Erbverzichts stehe dieser Möglichkeit im Wege; durch die Gewährung eines Kondiktionsanspruchs für den Verzichtenden erhalte dieser ein unbefristetes Anfechtungsrecht, auch ergäben sich grosse Konstruktionsschwierigkeiten, wenn der Erbe den

---

[21]) Endemann Bd. 1 S. 336 Anm. 8, S. 343 Anm. 6; Matthiass Bd. 1 S. 217 ff.; Gareis S. 142; Staudinger-Riezler § 119 Anm. 6: „. . . Motiv-Irrtum solche Vorstellungen, welche nicht den Inhalt der Willenserklärung zum Gegenstand haben."

[22]) Bd. 3 S. 278.

[23]) S. 529 Anm. 6, S. 401 Anm. 1. Die Möglichkeit der Konstruktion einer Kondiktio an sich, scheint Strohal nicht anzufechten.

Anspruch auf Wiederaufhebung des Erbverzichtsvertrages erst nach dem Tode des Erblassers geltend machen wollte.[24])

Hinsichtlich des ersteren Bedenkens dürfte darauf hinzuweisen sein, dass die Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung in ihrem praktischen Erfolge immer einem Anfechtungsrecht gleichkommen, und auch einem unbefristeten, da für ihre Geltendmachung eine Frist vom Gesetz im allgemeinen nicht vorgesehen ist[25]).

Die zweite von Strohal erblickte Schwierigkeit in der juristischen Konstruktion, wenn der Verzichtende erst nach dem Eintritt des Erbfalls die Wiederaufhebung des Erbverzichts verlangte, ist zwar vorhanden, dürfte aber zu überwinden sein. Der Verzichtende ist zunächst von der Erbfolge ausgeschlossen, wenn der Erbfall eingetreten ist. Da aber in jedem Falle Erben nach dem Erblasser vorhanden sind, in letzter Linie der Fiskus, so geht der persönliche Anspruch des Verzichtenden auf Aufhebung des Verzichtsvertrages gegen diese, welche die Persönlichkeit des Erblassers nach seinem Tode repräsentieren. Ist der Erbverzicht auf diesem Wege aufgehoben, so sind die praktischen Schwierigkeiten hinsichtlich der nunmehr eintretenden Erbfolge kaum andere, als wenn ein Testament oder ein Erbvertrag nachträglich mit Erfolg angefochten wird. Einfacher als beim Verzicht des Erben ist die Sachlage, wenn der Verzicht einen Pflichtteil oder ein Vermächtnis zum Gegenstand hatte; hier wird durch den von dem Verzichtenden gegen die Erben erfolgreich geltend gemachten Anspruch auf Aufhebung des Verzichts in der einmal eingetretenen Erbfolge nichts mehr geändert, die Erben können jetzt eben dem Verzichtenden, wenn er den persönlichen Pflichtteils- oder Vermächtnisanspruch erhebt, nicht mehr die Einrede seines Verzichts entgegensetzen.

---

[24]) Das letztere Bedenken teilt augenscheinlich auch Endemann a. a. O. selbst. Unklar, wenn nicht gar unrichtig ist es, wenn er sagt, der Erbe könne „beim Erbfall daraufhin (d. h. auf die ausgefallene *causa*) eine Einrede geltend machen."

[25]) S. aber § 818 Abs. 3.

Die Bedeutung dieses Rechts des Erben, bei Unwirksamkeit des obligatorischen Abfindungsvertrages die Aufhebung auch des Erbverzichtsvertrages zu verlangen, ist im Grunde genommen eine recht geringe. Handelt es sich nämlich um einen gesetzlichen Erben, der verzichtet hat, so nützt diesem die Aufhebuug des Verzichtsvertrages nichts, wenn der Erblasser nach dem Verzicht über seinen Nachlass anderweit von Todes wegen verfügt hat. Ebenso liegt es bei einem testamentarischen Erben und einem Vermächtnisbedachten. Wohl aber hat die Aufhebuug des Verzichtsvertrages Vorteil für den pflichtteilsberechtigten Erben und für den in einem Erbvertrag Eingesetzten oder Bedachten;[26]) für diese tritt mit der Aufhebung des Verzichts die Rechtslage wieder ein, welche vor ihm bestanden hat. Die Härte, welche anscheinend hierin liegt, kann als eine solche nicht empfunden werden, wenn man in Betracht zieht, dass der Erblasser nur an die Zustimmung des Pflichtteils- und Vertragserben zur Aufhebung ihrer Erbberechtigung gebunden ist, im übrigen aber durch eine einseitige Verfügung den gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschliessen und eine gemachte Zuwendung wieder aufheben kann[27]).

Es bleibt noch übrig, zu untersuchen, ob sich die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung auf unseren Fall überhaupt in Anwendung bringen lassen. Diese Frage ist zu bejahen. Die Ueberschrift des vierundzwanzigsten Titels des zweiten Buchs unseres Gesetzbuchs, welcher dieses Rechtsinstitut zum Gegenstand hat, lautet allerdings „Ungerechtfertigte Bereicherung“, und diese Bezeichnung könnte die Vermutung erwecken, dass es sich für diesen Anspruch immer nur um die Herausgabe von vermögenswerten Gütern handeln müsste. Diese Annahme wurde aber durch die absichtlich recht unbestimmte und weitgehende Fassung des § 812 widerlegt: „Wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise etwas auf dessen Kosten ohne rechtlichen

[26]) **Natürlich wieder nur insoweit, als diese Verfügung vertragsmässig getroffen ist.**

[27]) **s. o. S. 30.**

Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.“ Mit Recht nimmt daher Oertmann [28]) ein unter diese Gesetzesbestimmungen fallendes „Erlangt haben“ überall da an, „wo dem Betreffenden eine rechtlich bedeutsame Position zuteil geworden ist, auch wenn sie kein eigentliches Recht darstellt, so dass bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen zwar nicht das Recht selbst, aber doch jene rechtliche Position kondiziert werden kann.“ Von dieser Betrachtungsweise aus ist zu sagen, dass der Erblasser durch den unter der Voraussetzung der Gültigkeit des Abfindungsvertrages geschlossenen Erbverzicht ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Verzichtenden eine rechtlich bedeutsame Position, nämlich die der erweiterten oder erleichterten Freiheit, von Todes wegen über sein Vermögen zu verfügen, erlangt habe. Die Herausgabe dieses „Etwas“ [29]) lässt sich nach Lage der Sache nicht anders vollziehen, als durch eine Wiederaufhebung des Erbverzichtsvertrages. Zur Mitwirkung bei diesem Aufhebungsvertrage ist daher der Erblasser oder die an seine Stelle getretenen Erben verpflichtet. In Betracht kommen könnte höchstens noch, dass der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen dem Verzichtenden eine der aufgegebenen Anwartschaft gleiche verschafft. Die Gewährung eines dahingehenden Anspruchs des Verzichtenden würde jedoch gegen das in § 2302 ausgesprochene Prinzip verstossen.

Trotz der Bedenken Strohals dürfte hiernach der Konstruktion Endemanns der Vorzug zu geben sein. Ist der obligatorische Abfindungsvertrag nichtig, der Erbverzicht dagegen gültig zustande gekommen, so hat der Verzichtende einen persönlichen Anspruch auf Aufhebung des Erbverzichtsvertrages. Es ist deshalb auch nichts dagegen einzuwenden, wenn Planck-Ritgen [30]) mit Rücksicht auf die rein erbrechtlichen Wirkungen den Erbzicht als abstrakt bezeichnen.

---

[28]) Vorbem. 2a zu § 812; vgl. auch Matthiass Bd. 1 S. 698 ff

[29]) § 812.

[30]) a. a. O.; dagegen Strohal S. 538 Anm. 6.

3. Der Erblasser hat mit Rücksicht auf das erhoffte Zustandekommen des Erbverzichts dem Erben eine Vermögenszuwendung gemacht, ein Verzichtsvertrag wird aber nicht oder nicht gültig errichtet.

Der Erblasser und nach seinem Tode die Gesamtheit der Erben können die geleistete Abfindung von dem Verzichtenden kondizieren. Dieser ist bezüglich der Zuwendung einwurfspflichtig.[31] [32]

4. Der Verzichtende erhält eine Abfindung vom Erblasser, er verzichtet auch wirksam auf seine Erbberechtigung. Nachträglich aber stellt sich heraus, dass auch ohne den Verzicht der durch ihn beabsichtigte Rechtserfolg eingetreten wäre, der Verzichtende wird erbunwürdig oder stirbt vor dem Erblasser. Kann die Abfindung zurück begehrt werden?

Regelmässig, d. h. ohne dass dies ausdrücklich vereinbart worden wäre, wohl nicht; es ist vielmehr mit Strohal [33] anzunehmen, dass die Abfindung im Sinne der Parteien als ein Aequivalent dafür zu gelten hat, das der Erbverzicht geleistet, ausgesprochen worden ist. Diese Leistung stellt die erwartete *causa* dar. Anders wäre bei einem *pactum de repudianda hereditate* zu entscheiden; die erwartete, aber durch den vor dem Erbfall erfolgenden Tod des Verzichtenden vereitelte *causa* läge hier in dem Ausschlagen der Erbschaft [34]

Ausser mit einem Schuldvertrage kann der Erbverzicht natürlich auch mit einem anderen erbrechtlichen oder mit einem familienrechtlichen Vertrage verbunden werden. Immer aber behält er seine Natur als ein streng einseitiger Vertrag, für dessen Gültigkeit die des anderen völlig einflusslos

---

[31] Hellwig S. 607. Ist der Verzichtende alleiniger Erbe geworden, so ist an diesem Zustande nichts mehr zu ändern. Der Kondiktionsanspruch ist durch Konfusio erloschen.

[32] War mit der Zuwendung eine Schenkung beabsichtigt, so entfällt der Kondiktionsanspruch natürlich.

[33] S 540; s. auch Pfaff-Hofmann S. 48.

[34] Motive Bd. 5 S. 479; Beseler, Erbv. II 2 S. 248.

bleibt [35]). Wird der Erbverzicht des Erben mit einem Vertrage verbunden, in welchem der Erblasser auf eine Erbberechtigung, die ihm gegen den Verzichtenden zusteht, verzichtet, so liegen ebenfalls zwei selbständige Verträge vor, nicht etwa ein gegenseitiger, auf den die Vorschriften der §§ 320 ff. Anwendung zu finden hätten [36]).

Mit Rücksicht darauf, dass der Erbverzicht in einem streng einseitigen Vertrage ausgesprochen wird, ohne dass also dem Verzichtenden auf Grund dieses selben Vertrages ein Anspruch auf Entgelt für den Verzicht zustände, kann der Erbverzicht auch als ein unentgeltliches Rechtsgeschäft bezeichnet werden.

§ 8. Der Erbverzicht ist ein Rechtsgeschäft von Todes wegen.

Eine zwar nicht vom Gesetz aufgestellte, aber althergebrachte Einteilung der Rechtsgeschäfte ist die in Rechtsgeschäfte unter Lebenden und solche von Todes wegen. Der Weg dieser Unterscheidung besteht darin, dass von ihr abhängig sein kann, welche Gesetze oder Auslegungsbestimmungen Anwendung zu finden haben.

Das Kriterium für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft ein solches unter Lebenden oder von Todes wegen ist, bezieht sich auf den Zweck, welchen das Rechtsgeschäft verfolgt. Die Rechtsgeschäfte von Todes wegen bezwecken die Verhältnisse, besonders die vermögensrechtlichen der erklärenden Person auf den Fall ihres Todes zu regeln, sie sind deshalb von dem Tode des Erklärenden abhängig, und zwar nicht nur ihrer Wirkung und Ausführung, sondern auch ihrem Bestande nach; sie ergreifen nicht sein gegenwärtiges Vermögen, sondern beziehen sich auf seinen demnächsten Nachlass. Die Rechtsgeschäfte von Todes wegen können sowohl einseitig wie zweiseitig sein.[1])

---

[35]) Planck-Ritgen a. a. O.

[36]) Hierzu für den Erbvertrag Schiffner S. 37 f.

[1]) Endemann Bd. 1 S. 581; Strohal S. 82; Regelsberger Bd. 1 S. 542; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 82.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts unter Lebenden ergibt sich hiernach von selbst. Die Bezeichnung „unter Lebenden" bezieht sich nicht auf den Abschluss des Rechtsgeschäfts, bei dieser Auffassung wäre die Möglichkeit einer vertragsmässigen Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen, sondern sie zeigt nur an, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bereits bei Lebzeiten des Erklärenden eintritt und nicht erst durch seinen Tod bedingt ist, dass bereits sein gegenwärtiges Vermögen ergriffen wird.[2])

Das unterscheidende Moment, ob ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen vorliege, wurde mitunter auch darin gefunden, ob bereits bei Lebzeiten des Erklärenden die Unwiderruflichkeit der Willenserklärung eintrete oder nicht. Von diesem Gesichtspunkt aus kommt Scharnweber[3]) dazu, den Erbvertrag für ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zu erklären, da er schon bei Lebzeiten der Kontrahenten ein gültiges und wirksames Rechtsgeschäft darstelle, aus welchem ein jeder von ihnen ein unwiderrufliches und unabänderliches Recht erworben hätte. Demzufolge müsste auch der Erbverzicht ein Rechtsgeschäft unter Lebenden sein. Die Auffassung Scharnwebers ist aber jetzt allseitig verworfen worden, da sie dazu führen müsste, alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte, welche sämtlich sofort unwiderruflich sind, für solche unter Lebenden zu erklären. Wenn Schiffner[4]) die Verträge in bindende und nicht bindende unterscheiden will, so lässt sich dies für das bürgerliche Recht nicht aufrechterhalten. Die Gesetzesbestimmungen, auf die er sich beruft, rechtfertigen seine Behauptung, dass auch nicht bindende Verträge vom Gesetzbuch anerkannt seien, deshalb nicht, weil die Bindung der Vertragschliessenden ihr Mass immer den Vertragsabredungen selbst entnimmt, die in den angezogenen Fällen eine Bindung aber ausnahmsweise ausgeschlossen haben.[5])

---

[2]) Ueber die Entscheidung zweifelhafter Fälle Endemann a. a. O.

[3]) S. 36, 42.

[4]) S. 9f.

[5]) Schiffner selbst a. a. O. Anm. 18; Petrich S. 24, 25.

Die Verfügung von Todes wegen deckt sich nicht mit dem Begriff der letztwilligen Verfügung. Unter dieser wird ein Testament verstanden, das, sofern der Erblasser es nicht vor seinem Tode widerruft, in der Tat den letzten Willen enthält, den der Erblasser hinsichtlich seines Vermögens auf den Fall seines Todes geäussert hat.[6]) Der Begriff der letztwilligen Verfügung ist enger als der der Verfügung von Todes wegen.

Hiernach ist der Erbverzicht ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, er bezweckt die erbrechtlichen Verhältnisse des Erblassers für seinen Todesfall zu regeln, er bezieht sich nicht auf sein gegenwärtiges Vermögen.[7])

---

[6]) Strohal S. 82; Endemann Bd. 3 S. 101 f; Neumann § 2346 Vorbem.

[7]) Unter Beziehung auf die Person des Verzichtenden könnte man den Erbverzicht insofern als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden bezeichnen, als er die gegenwärtige Anwartschaft des Verzichtenden aufhebt und nicht von seinem Tode abhängig ist. Dieser Gesichtspunkt ist indessen nicht der für die Beurteilung der Frage massgebende.